Der Begriff der verlorenen Sache

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von HANS PFLEIDERER
: Gerichts-Assessor in Schorndorf :

als Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doctorwürde der Juristischen Fakultät an der Universität Tübingen vorgelegt und von derselben genehmigt.

Heilbronn 1910.
Druck der Schell'schen Buchdruckerei (Viktor Kraemer).

Der Begriff der verlorenen Sache

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von HANS PFLEIDERER
: Gerichts-Assessor in Schorndorf :

als Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doctorwürde der Juristischen Fakultät an der Universität Tübingen vorgelegt und von derselben genehmigt.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Heilbronn 1910.
Druck der Schell'schen Buchdruckerei (Viktor Kraemer).

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1. Einleitung . . . . . Seite 5—6
§ 2. Stand der Streitfrage . . . . . „ 6—9
§ 3. Der Sprachgebrauch des Lebens und des Gesetzes. Stellung der Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
I. Das Leben . . . . . „ 9—11
II. Der Sprachgebrauch des Gesetzes . . . . „ 11—13
III. Die Motive . . . . . „ 13—14
§ 4. Rohskizzierung des Begriffs: Verlieren und Abhandenkommen . . . . . „ 14—16
§ 5. Die Grundgedanken und Absichten des Gesetzgebers.
I. Der Rechtsgrund der Fundregelung. Der wirtschaftliche Charakter derselben . . . „ 16—18
II. Das Ziel der gesetzlichen Nachhilfe: Der spezielle Schutz des Verlierers . . . . „ 18—19
§ 6. Die Fundobligation des Gesetzes . . . . . „ 20—23
Anhang . . . . . „ 23—24
§ 7. Der § 965 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
I. Die Findbarkeit . . . . . „ 25—27
II. Die Ansichnehmbarkeit . . . . . „ 27—28
§ 8. Letzte Ausscheidung und Rohskizzierung des Begriffs „ 28—29
§ 9. Die objektive Seite des Begriffs . . . . . „ 30
§ 10. Die Besitztheorie und ihre Konsequenzen . . . . „ 30—36
§ 11. Die Besitztheorie und ihr Verhältnis zu Leben und Gesetz.
I. Besitztheorie und Leben . . . . . „ 36—37
II. Besitztheorie und Gesetz . . . . . „ 37—41
§ 12. Die Notwendigkeit der Ablösung des Begriffs von den engenden Schranken der Besitztheorie . . . . . „ 41—44
§ 13. Der menschliche Machtbereich und dessen Wirkungen: dessen grundsätzlich reservierende Kraft . . . . . „ 44—48
§ 14. Probe des bisherigen Ergebnisses an der Hand unserer allgemeinen Grundsätze . . . . . „ 49—51
§ 15. Der wirtschaftlich wirkungslose Machtbereich.
I. . . . . „ 51
II. . . . . „ 51—53
III. Das Leben . . . . . „ 53
IV. Gesetz . . . . . „ 53—56
§ 16. Unterscheidungen innerhalb des Machtbereichs und § 978 des Bürgerlichen Gesetzbuches . . . . . „ 56—59
§ 17. Formulierung des Begriffs . . . . . „ 59—61
§ 18. Das subjektive Moment der Unfreiwilligkeit . . . „ 61—63

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552715_0038

§ 1.

Einleitung.

1. Man kann im Leben die verschiedensten Sachen finden; herrenlose und verlorene, verborgene, verlegte und andere Sachen. Die Fundregeln unseres Bürgerlichen Gesetzbuches kommen aber nicht in all diesen Fällen zur Anwendung, sondern grundsätzlich nur dann, wenn die gefundene Sache speziell eine „verlorene" ist, vgl. § 965/1 BGB.

So war es auch schon im bisherigen Recht.

Trotzdem aber hat auffallenderweise das bisherige Recht nur wenig getan, den Begriff der verlorenen Sache näher zu bestimmen. — Nennenswerte Versuche in dieser Richtung wurden eigentlich erst seit Mitte des 19. Jahrhunderts gemacht.[1]) Und auch diese brachten noch lange keine definitive Lösung. Sie deckten im Gegenteil erst die Schwierigkeiten auf, die hier einer sicheren Lösung entgegenstehen.

So war denn im Grunde noch recht wenig Klarheit geschaffen, als man an die Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) herantrat.

---

[1]) Vergl. speziell die Arbeiten von Delbrück, Schütze und Gimmerthal.

Delbrück in Jehrings Jahrbüchern, Band 3, S. 1 ff.

Gimmerthal: Archiv für civilistische Praxis, Band 52, S. 521.

Schütze: Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. 2, S. 155.

2. Die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches standen nun vor der zwiefachen Frage: Sollten sie dem Streit und der Unsicherheit durch eine endgiltige gesetzliche Definition ein Ende machen, oder sollten sie die Lösung nach wie vor der Wissenschaft und Praxis überlassen. Sie haben sich für das letztere entschieden.[1]) Und zwar mit gutem Grund. Denn die Frage war erkennbar noch nicht zur endgiltigen Entscheidung reif.

3. Wie wenig reif, das zeigte sich am besten hernach, als nach Erscheinen des Bürgerlichen Gesetzbuches die Erörterungen neu in Fluss kamen. Eine große Menge von Streitfragen tauchte auf; aber alle nur in der Natur der Sache begründet, nicht etwa durch die Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches hervorgerufen.

   Diese Streitfragen haben sich auch nicht etwa jetzt im Lauf der Zeit soweit geklärt, daß man (wie dies z. B. Schäfer[2]) getan hat) von der Bildung einer gemeinen — Meinung sprechen könnte. Im Gegenteil. Von einer gemeinen Meinung kann heute sogar weniger als je die Rede sein.

§ 2.

Stand der Streitfrage.

Es mag nun angezeigt sein, zunächst eine kurze summarische Uebersicht über die verschiedenen Streitfragen zu geben.

I. Der wichtigste Streitpunkt befindet sich auf objektivem Gebiete, dreht sich um die Frage, wie weit muß eine Sache objektiv (räumlich) aus der Hand des Menschen kommen, damit sie als verloren i. S. des Gesetzes gelten kann.

---

[1]) Motive, Bd. 3, S. 375.

[2]) Schäfer in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 68, S. 1 ff.

Die Antwort scheidet die Streitenden im wesentlichen in zwei Haupt-Gruppen.

1. Für die eine Gruppe steht der Begriff des Verlierens in engem untrennbarem Zusammenhang mit dem Verlieren des Besitzes, bildet die Besitzfrage allein oder doch hauptsächlich den Schlüssel zur Lösung der Verlustfrage.[1])

Die Vertreter dieser Ansicht — wir wollen sie wegen ihrer entscheidenden Betonung des Besitzmoments kurz die Vertreter der „Besitztheorie" nennen, bilden freilich nichts weniger als eine einheitliche, in sich geschlossene Gruppe.

Während z. B. die einen[2]) streng Besitzverlust und nachfolgende Besitzlosigkeit verlangen, fordern andere zwar den Eintritt des Besitzverlustes, aber keinen nachfolgenden Zustand der Besitzlosigkeit.[3]) Endlich gehen wieder andere sogar soweit und mengen gleichzeitig subjektive Momente herein. Sie halten eine Sache nicht nur dann verloren, wenn sie objektiv besitzerlos ist, sondern auch, wenn sie vom Finder unter derartigen Verhältnissen gefunden wurde, daß er sie von seinem subjektiven Standpunkt aus mit Fug für besitzerlos halten durfte.[4])

Diese kurze, ganz rohe Skizzierung der Besitztheorie mag uns vorläufig genügen. Näheres können und wollen wir uns für später ersparen.

2. Die Besitztheorie, anfänglich durchaus vorherrschend, blieb nicht unbestritten. Ihr trat zuerst Fischer[5]) und

---

[1]) Vergl. Planck § 965 Z. 1. Biermann § 965 Z. 1. Silberschmid Bl. für Rechtsanwendung, Bd. 69, S. 337, Schäfer a. a. O., Crome § 413 I, Z. 1 a, Mohr: Der Fund verlorener Sachen, Erlangen 1901, S. 14.

[2]) Biermann, Planck, Schäfer.

[3]) Ihnen genügt, wenn der Besitzverlust erst mit der Ansichnahme des Finders eintritt. Goldmann-Lilienthal S. 288, Mohr a. a. O. S. 15—16.

[4]) Blänkner: Die rechtliche Stellung des Finders. Greifswald 1901. S. 14.

[5]) Fischer-Hehnle § 965, Z. 1.

Buhl,[1]) in neuerer Zeit mit besonderem Nachdruck Brückmann,[2]) endlich auch Endemann[3]) entgegen. Diesen allen ist gemeinsam die Ansicht, daß Besitzverlust und Besitzlosigkeit zwar häufig, aber nicht notwendig, eine Sache zu einer verlorenen machen; daß somit die Verlustfrage in Wirklichkeit unabhängig von der Besitzfrage zu lösen sei.

Für sie handelte es sich nun darum, statt des Besitzmoments ein anderes geeignetes Merkmal für die Abgrenzung des Begriffs auf objektivem Gebiete zu finden.

Brückmann findet ein solches in wirtschaftlichen Momenten. Nach ihm ist eine Sache dann verloren, wenn sie dem Machtbereich des Menschen derart (objektiv) entfremdet ist, daß sie wirtschaftlich nicht mehr in Betracht gezogen werden kann. Brückmann a. a. O. S. 327.

Anders Endemann:

Dieser betont das Moment der Obhut. Für ihn ist eine Sache dann verloren, wenn sie der Menschenhand derart entfremdet ist, daß sie der sichernden Obhut entbehrt, dem beliebigen Zugriff dritter ausgesetzt ist. Endemann S. 567.

Soviel über die Ansichten, die sich auf objektivem Gebiete kreuzen.

II. Aber auch auf subjektivem Gebiet herrscht gewichtiger Streit.

1. Er betrifft in erster Linie die Frage, ob zum Verlieren das Moment der Unfreiwilligkeit[4]) begriffswesentlich sei oder nicht. Die meisten Schriftsteller haben dies

[1]) Buhl § 10. S. 53.

[2]) Brückmann: Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 23, S. 322 ff.

[3]) Endemann: Sachenrecht (1905) S. 567.

[4]) Planck § 965 Z. 1. Silberschmid a. a. O. S. 341, Crome § 413, Simeon: Recht und Rechtsgang S. 602—603, Mohr a. a. O. S. 14. Wie es scheint auch Brückmann S. 349—350.

bejaht. Nach ihnen kann eine Sache nur dann als verloren gelten, wenn sie ihrem bisherigen Inhaber unfreiwillig abhanden gekommen ist. Aber auch dies ursprünglich unbedingt anerkannte und vorherrschende Merkmal ist in neuerer Zeit Angriffen ausgesetzt; so ist es z. B. besonders Endemann, der dieses Erfordernis verneint. (Vrgl. Endemann S. 567).

2. Daneben erscheint für manche Schriftsteller noch ein weiteres (ebenfalls rein inneres) Moment rechtlich bedeutungsvoll, d. h. es erscheint für manche Schriftsteller begriffswesentlich, daß der Verlierer nicht wisse, wo sich die Sache befinde. Z. B. Dernburg S. 116 Z. II.

3. Schließlich noch einige letzte Ansichten, die mehr vereinzelt geblieben sind. So die Ansicht, es gehöre zum Wesen der verlorenen Sache, daß sie durch Zufall abhanden gekommen sei, oder daß sie unbewußt abhanden gekommen sei, oder endlich die Ansicht, die Endemann[1]) aus § 984 des Bürgerlichen Gesetzbuches durch argumentum e contrario ableitet; wonach nur diejenige Sache als verloren gelten kann, deren Eigentümer noch zu ermitteln ist.

Damit können wir unsere kurze Skizzierung der wesentlichen Streitfragen beenden.

§ 3.

Der Sprachgebrauch des Lebens und des Gesetzes. Stellung der Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Das Leben.

1. Wenn wir nun sachlich unserer Aufgabe näher treten, so muß es als das Gegebenste erscheinen, zunächst zu ermitteln, was man im gewöhnlichen Leben unter einer verlorenen Sache versteht. Ist es doch des

[1]) Endemann S. 568. Ebenso Staudinger Bd. 3 zu § 965

Juristen vornehmstes und eigenstes Ziel, den Anschauungen des Lebens Form und Ausdruck zu geben.

Versuchen wir dies, so merken wir aber gleich, auf welch schwankendes Gebiet wir treten. Ob überhaupt hier im Leben hinsichtlich Verlieren und Verlorensein ein ganz bestimmter, sicher umgrenzter Begriff allgemein gilt, kann als äußerst fraglich gelten. Nicht selten wird man im gleichen Fall entgegengesetzte Antworten erhalten.

Der Sprachgebrauch ist demnach ein wenig sicherer Führer.

Wenn wir nun versuchen, trotzdem den Begriff so zu umgrenzen, wie er etwa dem Sprachgebrauch des Lebens entspricht, so tun wir dies in dem Bewußtsein, daß diese Lösung keinen Anspruch auf allgemeine Giltigkeit haben kann, vielmehr vielleicht subjektiv (von mir) gefärbt sein mag. Trotzdem halte ich die Feststellung für wertvoll, um einen Ausgangspunkt und Vergleichspunkt für den späteren Aufbau der Definition zu gewinnen.

2. Eine Sache, die ich verloren, ist jedenfalls eine mir abhanden gekommene Sache. Diese Bezeichnung: „als abhandengekommen" ist aber offenbar noch zu weit. Es gibt Sachen, die abhandengekommen sind, und die man doch nicht verloren nennt, sondern offenbar mit bewußter Unterscheidung z. B. als gestohlen oder (freiwillig) aufgegeben bezeichnet.

a) Wollen wir also den Begriff des Verlierens in seinem eigentlichsten Sinn bestimmen, so müssen wir ihn noch abgrenzen und ablösen von den anderen Fällen des Abhandenkommens, für die das Leben eigens unterscheidende Worte geprägt hat.

Man wird hienach auszuscheiden haben:

α) Sachen, die der positive Eingriff einer fremden Hand aus meinem Bereich entführt hat; hier spricht man von gestohlenen oder geraubten Sachen u. s. f.

β) Ebenso scheiden aus Sachen, die der bisherige Inhaber selbst freiwillig aus der Hand gegeben hat. Solche Sachen hat man preisgegeben oder aufgegeben, aber nicht verloren.

γ) Endlich noch eine letzte Unterscheidung. Weiß der bisherige Inhaber noch, wo die abhanden gekommene Sache ist, so pflegt er selbst (und mit ihm wohl die meisten) die Sache nicht als verloren, sondern nur als v e r g e s s e n zu bezeichnen. Man wird hienach im großen Ganzen die Anschauungen des Lebens richtig treffen, wenn man eine verlorene Sache kurz definiert: als eine unfreiwillig, auch nicht durch fremden, rechtswidrigen Eingriff abhanden gekommene Sache, von deren Aufenthaltsort ihr bisheriger Inhaber nichts mehr weiß.

b) Dies der Sinn, in dem man g e w ö h n l i c h von verlorenen Sachen spricht. Nicht selten wird aber daneben der Ausdruck: „verloren" auch in einem weiteren, umfassenden (generellen) Sinn gebraucht für jede wirtschaftliche Entfremdung überhaupt. So nenne ich oft eine Sache, die mir derart abhandengekommen ist, daß ich wirtschaftlich nicht mehr damit rechne, schlechtweg verloren, gleichviel, wie nun der Verlust im einzelnen eingetreten ist, ob durch Diebstahl oder auch durch meinen eigenen Leichtsinn. Vrgl. z. B. die Ausdrucksweise: „eine Sache durch Diebstahl verlieren" u. s. f.

II. Der Sprachgebrauch des Gesetzes.

Dieser verschiedene Wortsinn des Lebens spiegelt sich ganz deutlich im Sprachgebrauch des Gesetzes wieder.

1. Unverkennbar der engere Sinn des Wortes ist gemeint, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch z. B. in den §§ 935, 1006, 1007 (794) von gestohlenen, verlorenen oder sonst abhandengekommenen Sachen redet. Dies zeigt die ganze Fassung, d. h. die Unterstellung unter den weiteren Begriff des Abhandenkommens, die Gegenüberstellung gegenüber

speziell gestohlenen Sachen. Auch ist allseitig anerkannt, daß mit dieser Fassung gerade das Unfreiwillige des Abhandenkommens zum Ausdruck gebracht werden sollte.

2. Daneben finden wir aber andere Stellen. Hier will das Gesetz, wenn es von Verlieren spricht, nicht immer nur einen bestimmten Einzelfall des Abhandenkommens herausgreifen und streng von anderen Fällen des Abhandenkommens unterscheiden. Dies zeigt z. B. schon der Wortlaut von § 804 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dort spricht der Gesetzgeber von Verlieren, um damit zusammenfassend abhandengekommene und vernichtete Sachen zu bezeichnen. Hier ist also von Verlieren in einem Sinn die Rede, der sogar allgemein das Abhandenkommen in sich schließt. Insbesondere aber zeigt uns § 701, daß auch der Gesetzgeber unter Verlieren zuweilen nichts anderes versteht, als schlechthin die wirtschaftliche Entfremdung einer Sache. Nach § 701 hat der Gastwirt eventl. seinen Gästen den Schaden zu ersetzen, den sie durch Verlust ihrer eingebrachten Sachen erleiden. Der ganze Zusammenhang und die Tendenz des Gesetzes ergibt hier (was übrigens auch nirgends bestritten wird), daß unter dem Verlust, den der Gastwirt ersetzen soll, jeglicher wirtschaftliche Verlust der Sache überhaupt zu verstehen ist. Der Gastwirt soll haften, wenn die eingebrachten Sachen dem Gast soweit abhandenkommen, daß er wirtschaftlich nicht mehr damit rechnen kann. Dies ist aber gleichermaßen der Fall, ob nun der Gast die Sache etwa zufällig verloren hat, oder ob ihm die Sache im Hotel gestohlen worden ist. Ebenso ist nicht ausgeschlossen, daß in diesem Sinn eine Sache schon als wirtschaftlich verloren zu gelten hat, auch wenn man etwa noch weiß, wo sich die Sache befindet. Wir sehen also, wie hier der Begriff des Verlierens im wirtschaftlichen Sinn weit über die Grenzen hinausgeht, die für den engeren Begriff gezogen sind. Dasselbe gilt auch für das letzte Merkmal des engeren Begriffs: „für das

Merkmal der Unfreiwilligkeit. Auch hier finden wir im Gegensatz zu § 935 Stellen, wo von Verlieren in einem weiteren Sinn die Rede ist, der auch Fälle freiwilligen Abhandenkommens mitumfaßt. So lautet z. B. § 856: der Besitz wird dadurch beendet, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt aufgibt oder in anderer Weise verliert.

Aus dieser Fassung ist ersichtlich, daß hier das Verlieren gedacht ist als der weitere Begriff, der auch den des Aufgebens (d. h. eines freiwilligen Aktes) in sich schließt. Ein gleiches läßt sich noch aus § 940 Abs. 2 entnehmen, der besagt: die Unterbrechung der Ersitzung gilt als nicht erfolgt, wenn der Eigentümer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren.

Hier hält es der Gesetzgeber für notwendig, das Unfreiwillige des Verlierens mit besonderen Worten zum Ausdruck zu bringen. Ihm erscheint sonach mit dem Wort „verloren" noch nicht begriffsnotwendig das Moment der Unfreiwilligkeit zum Ausdruck gebracht. Für ihn ist ein Verlieren mit und ohne Willen denkbar. Fassen wir das Ergebnis der letzten Ausführungen zusammen, so können wir ein Zweifaches feststellen:

a) Einmal, daß das Wort verlieren im Gesetz und Leben in doppelter Bedeutung gebraucht wird; in einem engeren und einem weiteren.

b) und zweitens, daß alle die spezifischen Merkmale, durch die sich der engere Begriff von den anderen Fällen des Abhandenkommens abgrenzt, für den weiteren Begriff nicht notwendig als begriffswesentlich erscheinen.

III. Die Motive.

Dieses Unterschiedes zwischen engem und weiterem Wortsinn waren sich übrigens auch die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches wohl bewußt. Dies ergibt sich deutlich aus der Vorgeschichte des jetzigen § 965. Der Entwurf der I. Kommission sprach nicht, wie jetzt, bloß vom Finden verlorener

Sachen, sondern (mit einem erweiternden Zusatz) vom Finden verlorener oder sonst abhandengekommener Sachen. Man hatte, wie die Motive sagen, diesen erweiternden Zusatz aus dem Grunde gewählt, weil von verlorenen Sachen häufig auch in einem Sinn gesprochen werde, der für die Vorschriften über den Fund zu eng sei. (Vrgl. Motive Bd. 3, S. 375.

Man hatte also — mit anderen Worten — den Zusatz nur gewählt, weil man an den verschiedenen Wortsinn von Verlieren dachte und zum Ausdruck bringen wollte, daß das Wort bei der Fundregelung nicht in dem engeren (hier zu engen) Sinn aufgefaßt werden dürfe. Die II. Kommission hat dann den Zusatz wieder gestrichen; zugleich aber durch eine Aeußerung in den Protokollen deutlich genug zum Ausdruck gebracht, daß damit sachlich keinerlei Aenderung beabsichtigt war. Die Protokolle bemerken im Zusammenhang mit der Streichung des Zusatzes ausdrücklich, daß dafür nunmehr das Wort: „verloren" im weiteren Sinn zu fassen sei.[1])

Zu unseren bisherigen Feststellungen können wir demnach die weitere hinzufügen, daß nach der Absicht des Gesetzgebers der engere Wortsinn hier beim Funde als ungenügend ausscheidet. Dies ist eine äußerst wichtige Feststellung. Sie gibt uns einen Fingerzeig, den wir wohl beachten müssen.

Wir müssen daher unsere Frage jetzt dahin formulieren: „Wann ist eine Sache im weiteren Sinn verloren?"

§ 4.

Rohskizzierung des Begriffs: Verlieren und Abhandenkommen.

Wie wir eben gehört haben, sollte dieser weitere Sinn sachlich dem entsprechen, was die I. Kommision mit den

[1]) Planck: Bemerkungen zu § 965, Z. 1. Protokolle II, Bd. 3, S. 255 ff. S. 272.

Worten: „verloren oder sonst abhandengekommen" zum Ausdruck brachte.

Dies bringt uns auf die naheliegende Frage, ob man demnach nicht das Wort „verlieren" in seinem weiteren Sinn einfach als identisch mit „Abhandenkommen" zu fassen habe.

Die Frage ist aber in dieser Form zu verneinen. Jedenfalls kann von einer Identifizierung schlechthin, d. h. so daß man etwa sagen könnte: „eine Sache ist nach § 965 verloren, wenn sie abhandengekommen ist" keine Rede sein. Dies schon um deswillen nicht, weil der Ausdruck „abhandengekommen" für sich allein noch viel zu unbestimmt und farblos ist. Er nimmt, wie Brückmann ganz richtig erkannt hat, je nach Zusammenhang und Umgebung im Gesetz verschiedene Sinnfärbungen an.

a) Sehen wir z. B. den § 935 des Bürgerlichen Gesetzbuches an. Hier ist neben gestohlenen und (im engeren Sinn) verlorenen Sachen auch noch von schlechthin abhandengekommenen Sachen die Rede. Von schlechthin abhandengekommenen Sachen ist die Rede und doch ist dabei, wie nirgends bestritten wird, nur an die Fälle unfreiwilliger Sachentfremdung gedacht.

Aus Zusammenhang und Tendenz des Gesetzes ergibt sich also hier eine spezifische Färbung des an sich farblosen Abhandenkommens in subjektiver Richtung.

b) Aehnlich erhält a. a. Ort in § 799, wo die wirtschaftliche Verwertung von Wertpapieren in Frage steht, der Begriff des Abhandenkommens seine spezifische Färbung in objektiv wirtschaftlicher Richtung.

Wir sehen also aus diesen beiden Beispielen, wie das Wort „abhandenkommen" je nach dem Zusammenhang verschiedene Sinnfärbungen annehmen kann.

Das lehrt uns auch, wie wir nunmehr unser „verloren im weiteren Sinn" definieren können. Es ist nicht schlechtweg identisch mit abhandengekommen.

Es ist: = abhandengekommen in der näheren Bedeutung und Färbung, die uns der Zusammenhang und die Tendenz des Gesetzes an die Hand geben. Wir können dies noch deutlicher machen, indem wir vorgreifend schon jetzt das Resultat unserer folgenden Erörterungen niederlegen: Hienach erscheint eine Sache i. S. von § 965 verloren, wenn sie derart abhandengekommen ist, daß man sie finden und an sich nehmen kann und die gesetzliche Nachhilfe in Form der Fundobligation am Platze ist.

§ 5.

Die Grundgedanken und Absichten des Gesetzgebers.

Da sonach Zusammenhang und Tendenz des Gesetzes bei der näheren Bestimmung unseres Begriffs eine wesentliche Rolle spielen, so mag es angemessen sein, dieselben gleich hier am Eingang eingehend zu erörtern.

Wir werden damit ein Handwerkzeug gewinnen, das uns bei dem späteren Aufbau unserer Definition wesentliche Dienste leisten soll.

I. Der Rechtsgrund der Fundregelung.

Der wirtschaftliche Charakter derselben.

Verliere ich eine Sache, so bedeutet dies immer eine gewisse Entfremdung der Sache aus meinem Bereich.

1. Diese Entfremdung ist aber ersichtlich nur eine tatsächliche, erstreckt sich nicht auf meine rechtlichen Beziehungen zur Sache. Denn eine mir verloren gegangene Sache bleibt sicher noch mein Eigentum nach wie zuvor. Verlust der Sache ist also jedenfalls noch nicht Verlust des R e c h t s an der Sache. Als spezifisches Merkmal des Verlierens (speziell gegenüber dem Fall der Dereliktion, Herrenlosigkeit) können wir hienach feststellen „Entfremdung einer Sache lediglich in tatsächlicher, nicht etwa in rechtlicher Beziehung".

2. Diese Feststellung genügt aber noch nicht.

a) wird mir eine Sache gestohlen, so bedeutet dies für mich gleichermaßen eine tatsächliche, doch nicht rechtliche Entfremdung der Sache. Und doch ist ohne weiteres ersichtlich, daß die Fundregeln des Gesetzes (spez. die Verwahr- und Anzeigepflicht) nicht auf den Fall des Diebstahls zugeschnitten sind und sein können. Warum nicht? Beim Diebstahl wird zwar die Sache allerdings meiner Hand und meiner wirtschaftlichen Nutzung entzogen, aber sie entschwindet nicht aus dem Verkehr überhaupt. An meine Stelle ist sofort ein anderer getreten, der wie ich seine Hand schützend und nützend darüber hält.

b) Anders beim Verlieren.

Hier gerät die Sache nicht bloß aus meiner Hand, sondern überhaupt aus jeder Hand. Was ist aber eine Sache ohne die Hand des Menschen? Sie ist wirtschaftlich tot. Nutzlos bleibt sie ferne dem Strome des wirtschaftlichen Lebens, ist meistens dem gänzlichen Verkommen ausgesetzt. Hier ist mehr als eine bloße Verlustgefahr für die Person des Berechtigten. Hier ist eine Verlustgefahr, die dem Verkehr überhaupt droht. Diese ruft aber den Staat auf den Plan, der ein lebhaftes Interesse hat, daß kein Gut in seinem Bereiche brach liege oder verkomme. Solange nur eine Sache am wirtschaftlichen Leben teilnimmt (ob nun in der Hand des Berechtigten oder eines Nichtberechtigten) kann der Staat sich gedulden. Er drängt normalerweise seine Hilfe nicht auf. Ist eine Sache oder ein Recht gefährdet und verletzt, so mag grundsätzlich der Gefährdete selber seine Rechte wahren; nötigenfalls durch die (von ihm ausgehende) Anrufung der Gerichte. Die Initiative, die Aktivität steht bei dem Gefährdeten selbst. Anders aber hier, wo nicht bloß die Interessen einer bestimmten Einzelperson, sondern zugleich die Interessen der Allgemeinheit, d. h. die Interessen an der Ausbeutung und

Erhaltung aller wirtschaftlichen Kräfte bedroht sind. Hier ist in der Tat Grund vorhanden für ein ausnahmsweise aktives Eingreifen der Staatsgewalt. Dazu kommt noch ein weiterer Umstand, der gerade beim Verlieren für die Nachhilfe der Staatsgewalt spricht. Es ist der Umstand, daß trotz der tatsächlichen und wirtschaftlichen Entfremdung der Sache immer noch die rechtlichen Beziehungen zum Verlierer fortwirken und so einen gewissen Bann über die Sache ausüben. Ein dritter, der des Weges kommt, darf die Sache nicht (wie zum Beispiel eine herrenlose Sache) beliebig im eigenen Interesse für sich aufheben und verwenden. Er muß die noch nicht erloschenen rechtlichen Beziehungen zum bisherigen Herrn respektieren.

Hiedurch wird natürlich die wirtschaftliche Verwahrlosung der Sache wesentlich gesteigert, da die eigenen und egoistischen Interessen des Publikums hier nicht wie sonst selbst wirksam und ergänzend nachhelfen.

3. Die Fundregelung ist sonach im Grunde nichts anderes als ein staatlicher Hilfsakt, der auf einem speziell wirtschaftlichen Rechtsgrund beruht und der geboren ist aus dem Bedürfnis, da einzuspringen, wo die Hand des Menschen und dessen natürliche Triebe noch nicht zur wirtschaftlichen Erhaltung der Sache ausreichen.

II. Das Ziel der gesetzlichen Nachhilfe:

Der spezielle Schutz des Verlierers.

Für die Gestaltung und das Ziel der Nachhilfe sind nach dem Vorgehenden die Richtlinien vorgezeichnet:

1. Zunächst handelt es sich darum, dem gefährlichen Zustand der wirtschaftlichen Verwahrlosung ein Ende zu machen. Die Sache muß aus der Hand wieder in die Hand des Menschen kommen.

2. Das genügt aber noch nicht. Was nützt die Rückkehr in die Menschenhand, wenn diese eventuell durch dritte Rechte an der wirtschaftlichen Nutzung der Sache gehindert wird? Das Ziel der Nachhilfe muß also weiter gehen. Es muß speziell dahin gehen, die Sache an den allein Nutzberechtigten zurückzubringen und das ist eben der frühere Verlierer. Denn dessen Rechte sind ja durch den Verlust grundsätzlich noch nicht zum Erlöschen gekommen.

3. Das Ziel der Nachhilfe ist also die Rückgabe der Sache an den Verlierer und deckt sich, wie wir sehen, speziell mit den Interessen des Verlierers. Das hat seinen guten Grund. Steht doch derselbe nach wie vor seiner verlorenen Sache am nächsten. Jedenfalls viel näher als der Finder, der zum erstenmal der Sache gegenübertritt. Die Rolle des Finders kann daher am Anfang noch keine andere sein, als die eines Gehilfen, der mithilft, zur Erreichung des Hauptziels, der Wiederherstellung des Verlierers. Unter diesem Gesichtspunkt ist u. a. auch die Begebung eines Finderlohns zu betrachten. Sie ist im Grunde nichts anderes als ein Mittel zum Zweck. D. h. sie soll dazu dienen, die verlorene Sache um so sicherer wieder an den Verlierer zurückzubringen.

4. Daß wir mit dem Vorstehenden die Gedanken unseres Gesetzes getroffen haben, sehen wir am besten an der sogenannten Fundobligation, die der Gesetzgeber zur Realisierung seiner Nachhilfe geschaffen hat. Kraft dieser Fundobligation, von der wir gleich näher sprechen wollen, wird nämlich der Finder einfach zum Gehilfen des Verlierers gestempelt und als seine Pflichten sind in allererster Linie genannt:

a) erstens die Verwahrpflicht, die der Verwahrlosung steuert,

b) und zweitens die Anzeigepflicht, die den Rückweg zum Verlierer neu eröffnet. (Vergl. § 965, 2. 966.)

§ 6.

Die Fundobligation des Gesetzes.

1. Wir haben uns nun mit der Fundobligation des Gesetzes noch näher zu beschäftigen. Dieselbe bedeutet, wie schon der Name sagt, eine gesetzliche Regelung, worin das Publikum, das mit der verlorenen Sache in Berührung kommt, zu Gunsten des Verlierers in Pflicht genommen wird. Das Gesetz geht nun aber nicht gleich soweit und nimmt ohne weiteres jeden Dritten, der des Weges kommt, in Pflicht. Das wäre zu weit gegangen und könnte event. nur schaden.

   Denn dem einen Passanten fehlt es vielleicht an Zeit, dem anderen an Lust, derartige Pflichten zu übernehmen, oder es mag sonst ein Hindernis im Wege stehen. Von solchen Passanten wäre nichts Gutes zu erwarten. Sie mögen ihres Weges gehen.

   Anders, wenn ein Dritter angezogen von der verlorenen Sache ihr näher tritt und dann dem Zustand der Verwahrlosung b e w u ß t ein Ende macht, indem er sie in seinen Gewahrsam nimmt oder (mit dem Wortlaut des Gesetzes zu sprechen) sie an sich nimmt.

   Dann ist der Moment gegeben, da das Gesetz seine Fundregeln, seine Fundobligation energisch einsetzt.

   Von diesem Moment an nennt es den 3. Aufnehmer der Sache „Finder" im eigentlich juristisch technischen Sinn. cf. § 965, 2. 966. 967 im Vergleich zu § 965, 1. Von diesem Moment an nimmt es den Dritten für den Verlierer ausnahmslos und unerbittlich in Pflicht; k r a f t G e s e t z e s; er mag wollen oder nicht.

   Soviel über die Begründung der Fundobligation.

2. Nun zu ihrer näheren Ausgestaltung, ihrem Inhalt. Welche Tendenzen können wir hier beobachten? Ein ganz kurzer Blick genügt, um sie zu erkennen. So streng und zwingend unser Gesetz ist hinsichtlich der Begrün-

dung der Pflichten,[1]) so milde gestaltet es den Inhalt der Pflichten. Es verlangt von dem Finder eigentlich nur zwei Dinge: „die Verwahrung und (normalerweise) die Anzeige an den Verlierer bezw. an die Polizei."

Und wenn es dies verlangt, so verlangt es offenbar nicht mehr, als ganz unumgänglich nötig ist, um das vorgesteckte Endziel zu erreichen. Es verlangt im Grunde nicht mehr als ein jeder redliche Finder von selbst als Minimum tun wird, um dem Verlierer seine Sache wieder zu verschaffen.

Auch sonst noch gewährt das Gesetz Erleichterungen aller Art. Wenn je z. B. die Verwahrpflicht mühsam oder kostspielig sein sollte, so darf der Finder sie von sich abwälzen. Er darf die Sache der Polizei übergeben, die ihm die Sache abnehmen m u ß , oder er darf unter Umständen die Sache versteigern und sich mit der leichten Verwahrung des Erlöses begnügen. Auch die Haftung des Finders ist im weitgehendsten Maße erleichtert. Er hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

Kurz und gut: Das Gesetz will ersichtlich die Fundobligation so leicht wie möglich gestalten. Warum? Das Motiv ist unschwer zu erkennen.

Das Durchschnittspublikum (und auf dieses ist das Gesetz angewiesen) ist nie besonders geneigt, sich eigens in fremdem Interesse abzumühen. Damit muß der Gesetzgeber rechnen. Er würde deshalb einen unverzeihlich schweren Fehler begehen, wenn er die Pflichten zu hoch spannen würde. Er würde dem Verlierer, dem er ja speziell helfen will, einen schlechten Dienst erweisen. Er würde gerade das Gegenteil erreichen von dem, was er wollte. Je strenger die Pflichten, destomehr würde der Gesetzgeber das Publikum abschrecken, die Pflichten zu übernehmen und dem Gefahrzustand ein Ende zu machen.

---

[1]) Dies um das Einsetzen der Nachhilfe auf die denkbar breiteste Grundlage zu stellen.

Und noch an eines wollen wir hier im Zusammenhang erinnern. Es handelt sich um eine gesetzliche Nachhilfe; die eventuelle Verwendung und Mitwirkung des Beamtenapparates (die Polizei) ist gegeben und kaum zu umgehen. Wir wollen uns aber ganz klar darüber sein, daß man im Publikum bei uns nicht gerne mit der Polizei zu tun hat und dass ein altes (nicht immer ganz unberechtigtes) Mißtrauen gegen etwaige Chikanen des Bureaukratismusses herrscht. Also einfache klare leichte Verhältnisse sind hier doppelt am Platz. Unserem Bürgerlichen Gesetzbuch gebührt das Verdienst, dies richtig erkannt zu haben; ein Schritt, der außerordentlich zu begrüßen ist.

Wir wiederholen hier noch einmal als Prinzip unseres Gesetzes: Strenge bei der Begründung der Pflichten aber auch denkbarste Erleichterung der Fundobligation, um den Finder im Interesse des Verlierers zur Uebernahme desselben zu ermuntern. — Das Gesetz geht noch weiter. Es sagt sich (und zwar mit Recht): Niemand übernimmt gerne Pflichten und die Verantwortlichkeit dafür (mögen sie auch noch so klein sein) in absolut fremdem Interesse. Das bloße moralische Bewußtsein, einem andern einen Dienst zu erweisen, ist jedenfalls beim Durchschnittsmenschen noch kein zuverlässiges Mittel, ihn allgemein zur Uebernahme von Pflichten genügend anzuspornen.

Wir wissen aber aus unseren bisherigen Erörterungen schon, daß unser Gesetz gerade einen Ansporn zur Uebernahme der Pflichten geben will.

Wie macht es nun unser Gesetz, um sein Ziel zu sichern?

Nicht anders, als fast jeder Verlierer, dem besonders daran gelegen ist, seine Sache sicher wieder zu bekommen. Dieser sagt sich: „besser ein geringes Opfer, als der völlige Verlust der Sache". Es gibt aber kein besseres Mittel, andere für unser Interesse zu gewinnen, als wenn wir zugleich an deren eigenes Interesse appellieren, ihnen für den Fall der Dienstleistung eine Belohnung in Aussicht stellen.

So auch das Bürgerliche Gesetzbuch. Und daß es hiebei sicher nicht zu weit gegangen ist, beweist schon die Tatsache, daß trotz der gesetzlichen Begründung des Finderlohns in sehr vielen Fällen (besonders wenn größere Werte in Frage stehen) der Verlierer diese gesetzliche Belohnung noch für unzureichend findet und die etwas magere Belohnung des Gesetzes erhöht.

Auch hier ist eines wohl zu beachten. Auch hier bei Begebung des Finderlohns handelt es sich in Wahrheit um nichts anderes, als speziell um das Interesse des Verlierers. Natürlich fällt dieses hier zusammen mit dem des Finders. Aber das wahre, eigentlich bestimmende, vorgehende Endinteresse ist doch das des Verlierers.

Die Interessierung des Finders ist nur Mittel zum Zweck, die Sache dem Verlierer um so sicherer zurückzubringen.

Anhang.

Die vorstehenden Erörterungen geben uns auch den Schlüssel zur Lösung der stark umstrittenen Frage: „als was ist die Begebung des Finderlohns aufzufassen?“

Einige Schriftsteller geben zur Antwort: „als Belohnung der Redlichkeit.“

Andere wiederum — und zwar die überwiegende Mehrheit — sind aus theoretisch-prinzipiellen Gründen gegen diese Auffassung. Sie sehen ihrerseits in dem Finderrecht eine Belohnung des Finders für die von ihm aufgewendete M ü h e. (Vergl. Planck zu § 971). Beide Auffassungen treffen m. E. nicht den Kern der Sache.

Eine Belohnung der Mühe soll das Finderrecht sein! — Wer aber genau zusieht, der wird bald entdecken, wie wenig angemessen i n v i e l e n Fällen dieser Gesichtspunkt ist. Die aufgewendete Mühe steht sehr häufig außer Verhältnis zu den Interessen, die in Frage stehen. Man denke an den Verlust eines überaus kostbaren Edelsteins. Hier handelt es sich um hohe Werte, hohe Interessen und die Mühe ist fast gleich Null. In anderen Fällen mögen ganz geringe Interessen im Spiele stehen, deren Sicherung unvergleichlich mehr Mühe schafft. —

Der Gesichtspunkt, als sei das Finderrecht eine Belohnung

der Findermühe kann hienach in keiner Weise einen angemessenen (oder auch bestimmten) Maßstab für die Fixierung des Finderlohns abgeben. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat denn auch durch die Stufung des Finderlohns nach dem Wert der verlorenen Sache (eine Stufung, die mit dem Maß der aufgewendeten Mühe gar nichts zu tun hat) deutlich genug gegen die eben genannte Auffassung entschieden.

Um die richtige Antwort zu finden, müssen wir uns dessen erinnern, was wir soeben als das Endziel des Gesetzgebers entwickelt haben, d. h. wir müssen uns erinnern, daß für den Gesetzgeber die Belohnung des Finders nicht etwa Selbstzweck ist, sondern nur Mittel zum Zweck, d. h. ein Mittel, um vor allem die Interessen des Verlierers zu sichern. Betrachten wir aber die Frage von diesem Gesichtspunkt aus, dann ist es nicht so sehr die Mühe des Finders, als vielmehr der durch diese Mühe dem Verlierer geleistete wirtschaftliche Dienst, den der Gesetzgeber im ersten und letzten Grunde belohnen will. Dieser Gedanke stimmt auch völlig überein mit der Staffelung des Finderlohns nach dem Wert der verlorenen Sache. Denn je höher der Wert der verlorenen Sache, desto größer ist das Interesse an ihrer Sicherung und desto größer auch der dem Verlierer geleistete Dienst.

Wir können hienach den Finderlohn definieren als die Anerkennung oder (juristisch ausgedrückt) die Gegenleistung des Verlierers für den ihm durch die Bemühung des Finders geleisteten positiven wirtschaftlichen Dienst. Die Lösung deckt sich sicherlich mit den Anschauungen des Lebens und steht zudem im offenen Einklang mit der durch das Gesetz gegebenen Stufung des Finderlohns.

§ 7.

Der § 965 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Nach den bisherigen mehr allgemeinen Erörterungen über die Tendenz und den Zusammenhang des Gesetzes, bleibt uns noch übrig, speziell auf den Wortlaut des § 965 einzugehen. Nach diesem ist der Fundfall i. S. des Gesetzes gegeben, wenn jemand eine verlorene Sache findet und an sich nimmt. Auch diese Fassung, speziell die Worte vom Finden und Ansichnehmen der Sache tragen mit dazu

bei, dem Begriff der verlorenen Sache die ihm eigentümliche Färbung zu geben.

I. Die Findbarkeit.

Wenn der Gesetzgeber zunächst von der verlorenen Sache sagt, daß sie findbar ist, so ist freilich hieraus nicht allzuviel zu entnehmen.

„Finden" ist genau wie das Wort „Verlieren" schwer zu fassen und läßt sich in der Regel erst durch den Zusammenhang, in dem es sich befindet, voll verstehen und erklären.

a) Doch können wir z. B. aus einem Vergleich mit dem Wort „Entdecken" beim Schatzfund entnehmen, daß das Wegnehmen einer hüllenden Decke, ein Entreissen aus der Verborgenheit nicht notwendig mit dem Finden verbunden sein muß, daß also eine verlorene Sache i. S. des § 965 nicht notwendig eine verborgene zu sein braucht, wie etwa bei einem Schatz i. S. des § 984 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

b) Fernerhin wissen wir jedenfalls so viel, daß ich (negativ) keine Sache finden kann, die im Moment, da ich sie antreffe (schon oder noch) in fremder Hand ist.

Eine Sache kann dementsprechend oft genug durch jeden beliebigen Verlust a k t verloren gegangen sein, und ist doch nicht findbar, teils weil die Sache nur von einer Hand unmittelbar in die andere übergegangen ist oder weil sie wenigstens nachher wieder einen Herrn gefunden hat.

Verlustakt und Findbarkeit gehen also nicht notwendig Hand in Hand. Es ist vielmehr im wesentlichen der Verlust z u s t a n d , nach dem sich die Findbarkeit einer Sache richtet. Liegt aber der Ton auf dem Verlust-z u s t a n d und nicht auf dem Verlust a k t , so erscheint auch der weitere Schluß gerechtfertigt, der dahin geht:

„Ist der Verlustzustand bei zwei Sachen genau derselbe, so ist auch die Findbarkeit und Verlorenheit die-

selbe, gleichgiltig, was für ein Verlustakt im einzelnen dem Verlustzustand vorausgegangen ist.[1])

1. Ein Beispiel mag das eben Gesagte noch besser verdeutlichen und zugleich verstärken. Ein Bauer fährt zur Stadt mit gefüllten Obstsäcken. Einer der Säcke ist nicht gehörig verbunden und von Zeit zu Zeit rollen aus der Oeffnung die Früchte heraus und fallen auf die Straße. Ein Dieb kommt des Weges, erweitert die Oeffnung und nimmt ungesehen eine Quantität der Früchte an sich. Nach einiger Zeit besinnt er sich jedoch eines andern. Er wirft freiwillig die gestohlenen Früchte wieder weg. Er wirft sie auf die Straße zu den anderen Früchten, die dorthin ohne sein Zutun herausgerollt sind.

   Wie ist die Sachlage zu beurteilen?

   a) Daß die aus der Oeffnung von selbst herausgerollten Früchte verloren sind, das wird nirgends bestritten werden. Sie sind unzweifelhaft verloren, auch wenn man den Begriff des Verlorenseins im allerengsten Sinn des Wortes fasst (vergl. unsere früheren Ausführungen).

   b) Anders mit den Früchten, die durch die Hände des Diebes gegangen sind. Sie sind zuerst gestohlen worden und eine zeitlang (solange in der Hand des Diebes) zweifellos nicht findbar gewesen. Hernach sind sie vom Dieb f r e i w i l l i g preisgegeben worden; also auch kein Verlorengehen im engeren Sinn des Wortes.

   Und doch — fragen wir — sollte hier ein Unterschied in der rechtlichen Behandlung der Früchte gerechtfertigt sein, in der Behandlung der Früchte, die nun

---

[1]) Dieses Resultat deckt sich, wie wir hier gleich im Zusammenhang bemerken wollen, durchaus mit demjenigen, das wir aus dem Rechtsgrund der Fundobligation entnehmen:

Der Rechtsgrund der Fundobligation ist, wie wir wissen, die Verwahrlosung und Schutzbedürftigkeit des momentanen Zustands. Die Gleichheit des Zustands schafft aber doch dasselbe Bedürfnis zur Nachhilfe ganz gleich wie es zu dem betreffenden Zustand gekommen ist.

auf der Straße so durcheinander gemischt liegen, daß ihnen kein Mensch ihr früheres Schicksal ansehen, die einen von den andern unterscheiden kann? Sicherlich nein. Nach dem Zustand, in dem sich die Früchte befinden, sind die einen so gut findbar wie die andern. Trotz Verschiedenheit des Verlust a k t s ist ihr jetziger Zustand ganz genau derselbe in tatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung. Demnach ist auch das B e d ü r f n i s (der Rechtsgrund) der gesetzlichen Nachhilfe genau derselbe und die Anwendbarkeit und Angemessenheit der Fundobligation im einen wie im anderen Fall gegeben.

Fragen wir das L e b e n, so finden wir hier volle Unterstützung. Es würde m. E. eine verschiedene rechtliche Behandlung in unserem Falle gar nicht verstehen.

Auch diejenigen, die den Begriff des Verlierens im engeren Sinne fassen, werden hier gerne gestehen, daß die Früchte, die durch die Hände des Diebes gegangen sind, wenn auch vielleicht nicht eigentlich verloren, so doch s o g u t w i e v e r l o r e n sind und dieselbe rechtliche Behandlung verdienen. Sie geben uns also in den Konsequenzen recht und das genügt uns völlig. Wir sehen aber in dieser Unterstützung durch die Anschauungen des Lebens das beste Zeichen, daß wir auf richtigem Wege sind.

II. Die Ansichnehmbarkeit.

Mit all dem ist die Tragweite von § 965 für unsere Frage noch nicht erschöpft. Neben dem Finden ist noch von dem Ansichnehmen die Rede. Auch dies gibt uns Anlaß zu einer kurzen Feststellung.

Wir haben oben gesehen, wie wichtig für den Gesetzgeber dieser Akt der Ansichnahme ist; ein Akt, der ja erst die Fundobligation auslöst. Wir haben gesehen, wie sehr das Gesetz darauf bedacht ist, den Finder zu diesem Akt zu ermuntern, wie er ihm einen Finderlohn in Aussicht stellt,

seine Pflichten so viel wie irgend möglich erleichtert, seine Haftung außerordentlich herabsetzt, weit unter das normale Maß der Haftung. Die allermindeste Konsequenz ist dann aber die, daß dieser so sehr vom Gesetz gewünschte und privilegierte Akt auch ein erlaubter sei.

Es läge ein unlöslicher Widerspruch des Gesetzes mit sich selbst vor, wenn eben dieser vom Gesetz so gewünschte Akt der Ansichnahme — d. h. nur dieser Akt als solcher — mit seiner ausnahmsweise gemilderten Haftpflicht zugleich als gesetzlich verbotene Verletzung fremden Rechts z. B. als verbotene Eigenmacht mit ihrer verschärften Haftung gelten könnte.

Ein solcher Widerspruch kann nicht angenommen werden.

Mit anderen Worten: Wir können feststellen: eine verlorene Sache ist auch immer eine ansichnehmbare Sache. Ihr Aufnehmen muß rechtlich erlaubt sein.

§ 8.

Letzte Ausscheidung und Rohskizzierung des Begriffs.

Noch einige letzte Bestimmungen und Feststellungen sind an dieser Stelle zu machen, bevor wir in den eigentlichen Kernpunkt unserer Frage eintreten. Sie ergeben sich teils aus der Natur der Sache, teils direkt aus dem Gesetz. Nicht verloren i. S. von § 965 und somit auszuscheiden sind

a) einmal unbewegliche Sachen.

Dies ergibt sich direkt aus der Titelüberschrift des Gesetzes. (Auch können wohl unbewegliche Sachen nicht im eigentlichen Sinn verloren gehen.)

b) Desgleichen fallen Rechte hinweg.

Diese kann ich nicht finden.

c) Auch der weitere Fall kommt nicht in Betracht, daß der Verlierer selbst wieder die eigene Sache findet. Hier ist für Anknüpfung einer Fundobligation — gerichtet

auf Ermittlung des Verlierers oder auf Verwahrung der Sache für den Verlierer u. s. f. — kein Raum. Der ganze Tatbestand kommt aus dem Rahmen des rein Tatsächlichen nicht heraus.

Die Fundsache muß also immer eine dem Finder f r e m d e sein.

d) See- und strandtriftige Sachen unterliegen einer speziellen gesetzlichen Ordnung, kommen also ebenfalls hier in Wegfall.

e) Endlich mag hier im Zusammenhang noch einmal kurz darauf hingewiesen werden, daß h e r r e n l o s e Sachen, sowie ein S c h a t z i. S. des § 984 gleichfalls auszuscheiden sind. Herrenlose Sachen sind um deswillen nicht verloren, weil hier nicht bloss die tatsächlichen sondern auch alle r e c h t l i c h e n Beziehungen zur Sache aufgehört haben. Es fehlt somit an einem fremden Berechtigten, in dessen Interesse die Fundobligation eingreifen könnte. Beim Schatz mag es sich vielleicht um an sich verlorene Sachen handeln. Es kommen aber andere spezielle Regeln zur Anwendung. Der besondere Zustand der Sache zeigt hier von vornherein, daß ein Auffinden des Berechtigten, kurz die gesetzliche Fundobligation zwecklos sein würde.

f) Schlußzusammenfassung: Sonach haben wir jetzt (bei Eintritt in den eigentlichen Kernpunkt der Sache) an der Hand von Tendenz und Zusammenhang des Gesetzes schon folgende nähere Begrenzung des Begriffes gewonnen:

Verloren i. S. von § 965 ist eine fremde bewegliche Sache, die aus der Hand ihres bisherigen Inhabers (gleichviel im übrigen auf welchem Wege) in einen derartigen Zustand wirtschaftlicher Verwahrlosung geraten ist, daß man sie finden und an sich nehmen kann und die gesetzliche Nachhilfe in Gestalt der Fundobligation am Platze ist.

§ 9.

Die objektive Seite des Begriffs.

Wir lassen bei der nachfolgenden Bestimmung der Grenzlinien zunächst die subjektiven Momente ganz bei Seite und beschäftigen uns nur mit der objektiven Seite der Frage.

Wir fragen: Bis zu welchem Grade muß objektiv die Entfremdung der Sache vorgeschritten sein, daß sie als verloren in dem eben näher umgrenzten Sinn gelten kann, oder mit anderen Worten: wo ist die objektive Grenze, die — wenn überschritten — die Sache zu einer verlorenen macht.

Für die Vertreter der Besitztheorie fällt diese Grenze zusammen mit der Besitzgrenze. So wenigstens für die konsequenten Vertreter der Besitztheorie. Andere Anhänger dieser Theorie machen dann freilich im Einzelnen eine Reihe von Vorbehalten und Einschränkungen.

Da diese Theorie, die ich bekämpfen will, immerhin noch als die vorherrschende Lehre gelten darf, mag es angebracht sein, zunächst an der Hand der von uns entwickelten Grundsätze des Gesetzes diese Theorie einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Aus den Mängeln und Unvollkommenheiten dieser Theorie werden wir wieder manchen wertvollen Wink für unser Ziel gewinnen und am besten ersehen, in welcher Richtung unser Weg zu gehen hat.

§ 10.

Die Besitztheorie und ihre Konsequenzen.

a) Allgemeines.

Die konsequenten Vertreter der Besitztheorie setzen also Verlust der Sache und Verlust des Besitzes an der Sache gleich.

1. Warum: das haben sie nicht bewiesen. Ebensowenig finden wir im Gesetz einen Anhaltspunkt für eine derartige Identifikation.

a) Zuweilen findet man bei den Vertretern der Besitztheorie einen Hinweis auf § 935. Der kann aber in keiner Weise als stichhaltig anerkannt werden. Ein Blick auf die Entwicklungsgeschichte dieses Paragraphen zeigt uns deutlich, daß der Gesetzgeber dort mit der Wahl der Worte: „gestohlen, verloren oder sonst abhandengekommen" nichts weiter als lediglich das subjektive Moment der Unfreiwilligkeit des Akts zum Ausdruck bringen wollte. Der Gedanke gerade mit diesen Worten das Moment des Besitzverlusts zum Ausdruck zu bringen, lag ihm völlig fern.

b) Daß übrigens das Gesetz die Worte: „verlorengehen und abhandenkommen" nicht mit „Besitzverlust" identifizieren wollte, geht noch viel deutlicher aus den anderen Paragraphen hervor, in denen das Gesetz diese Ausdrücke gebraucht; vergl. z. B. §§ 799, 804, 701 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hier kommen (wie wir aus unseren früheren Erörterungen wissen) speziell wirtschaftliche Momente in Betracht und das Gesetz denkt, wenn es von verlorengehen spricht, speziell an den Verlust des wirtschaftlichen Werts. Der Verlust des letzteren ist aber sicherlich denkbar ohne eigentlichen Besitzverlust. Man denke nur z. B. an Wertpapiere, zu deren wirtschaftlicher Verwertung zuweilen nicht bloß der Besitz, sondern speziell auch die positive eigene Präsentationsfähigkeit in einem gegebenen Augenblick gehört.

Es ist also aus den Stellen im Bürgerlichen Gesetzbuch nirgends zu entnehmen, daß „verlorengehen oder abhandenkommen" identisch mit Besitzverlust sein sollte. Umgekehrt; es sprechen die letztgenannten Fälle (unter b) gerade für das Gegenteil.

2. Es stehen aber auch ganz verschiedene Interessen in Frage.

a) Beim Besitz besteht (speziell um der gewichtigen Frage der mit ihm verbundenen Rechtsvermutung

und Rechtsposition willen) ein lebhaftes Interesse an einer gewissen Stetigkeit desselben, die auch vorübergehende Gefährdungen und Schwankungen der tatsächlichen Gewalt überdauert.

b) Anders beim Fund. Hier handelt es sich lediglich um eine wirtschaftliche Frage, die lautet: wann ist ein derartiger tatsächlicher Gefahrzustand gegeben, daß aus wirtschaftlichen Gründen das Entstehen der Fundobligation, die Nachhilfe des Gesetzes gerechtfertigt erscheint? Einige wenige Beispiele werden aber zeigen, daß derartige gefährliche und schutzbedürftige Situationen auch schon ohne Besitzverlust vorhanden sein können und daß es Momente gibt, die gerade im Interesse des gefährdeten Besitzers gebieten, eine Sache schon als verloren zu betrachten, während vielleicht die für die dingliche Rechtsposition maßgebenden Grundsätze noch für eine Fortdauer der Besitzposition und für eine Verneinung des Besitzverlusts sprechen.

3. Um dies recht zu verstehen, müssen wir zu Beginn kurz allgemein auf einige Konsequenzen der Besitzlehre zu sprechen kommen.

Der Besitz (obwohl in seinem innersten Wesen wurzelnd und eng verknüpft mit der tatsächlichen Gewalt über eine Sache) geht doch nicht immer parallel mit der tatsächlichen Gewalt über die Sache.

So genügt z. B. im Fall des § 854, 2 zum vertragsmäßigen Besitzerwerb schon die reine Möglichkeit, sich die Gewalt zu verschaffen, ohne daß diese Gewalt zur Zeit auch schon realisiert zu sein braucht.

Weiter: habe ich einmal den Besitz einer Sache erlangt, so versteht es sich von selbst, daß es zur Fortdauer des Besitzes nicht nötig ist, daß ich die Sache krampfhaft jederzeit in meinem unmittelbaren greifbaren Machtbereich behalte. Mein Besitz geht noch nicht verloren, wenn sich die Sache für einige Zeit hieraus entfernt. Die Möglichkeit, die Sache jederzeit

wieder in meinen greifbaren Machtbereich zurückzuführen, und so meiner Hand zu sichern, genügt vollkommen zur Fortdauer des Besitzes. Diese Möglichkeit kann im Einzelnen vermittelt werden durch Momente mannigfacher Art;

unter anderem auch durch bloße subjektive Momente, etwa durch meine Kenntnis, wo sich die Sache befindet. Z. B.: Ich lege eine Sache im Walde an einem bestimmten mir wohlbekannten Platze nieder. Hier sichert mir, auch wenn ich fort bin, die Kenntnis ihrer Lage die Möglichkeit, sie jederzeit wieder zu holen. Ich habe den Besitz noch. Es gibt endlich sogar Momente, da der Besitz fortdauert, während jegliches vermittelnde Band zwischen Besitzer und Sache gebrochen ist. Dies dann, wenn der Verlust der Gewalt nur ein vorübergehender ist. Vergl. § 856 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Diese kurzen Konstatierungen mögen hier für unsere Zwecke genügen.

4. Wir nehmen nun gerade das soeben genannte Beispiel von der Sache im Walde auf und unterziehen es einer näheren Prüfung. Ein solcher Fall kann ganz leicht praktisch werden. Es können z. B. Ereignisse eintreten, da irgend eine höhere Pflicht, ein höheres Interesse mich plötzlich abruft und mich bestimmt, eine mir gehörige Sache bewußt und unverwahrt im Walde liegen zu lassen. Z. B.: Ferne Hilferufe, die ich im Walde höre, veranlassen mich, eine schwere Sache, die mich am raschen Beistand hindert, schnell bei Seite zu werfen; oder auch: Mir begegnen auf einmal im Wald drei verdächtige Gesellen. Das macht mich bedenklich. Schnell entschlossen werfe ich meine zur Zeit wohlgefüllte Brieftasche ins nächste Gebüsch, um sie für alle Fälle zu retten. In beiden Fällen können mich die Ereignisse verhindern, die weggeworfene Sache gleich wieder abzuholen. Etwa die dritte Person, die mich um Hilfe gerufen hat, bedarf zunächst meiner weiteren persönlichen Fürsorge. Oder

mein Respekt vor den drei verdächtigen Gesellen ist so groß, daß ich lieber die Brieftasche einstweilen liegen lasse und mich damit tröste, sie bei späterer Gelegenheit so rasch wie möglich wieder zu holen. Mittlerweile nun bis ich wiederkomme, ist meine Brieftasche in kritischer Lage. Allerdings sichert mir meine Kenntnis des betreffenden Orts noch ihren Besitz. Der Wert dieses Besitzes ist aber ein sehr problematischer.

So wenig wie ich selbst meine Brieftasche schützen kann, so wenig schützt sie sich selbst. Wäre sie wenigstens sichtbar versteckt, so könnte ein dritter, der des Weges kommt, noch erkennen, daß eine Hand darüber steht. Dann würde dieses äußere Anzeichen zum wenigsten eine m o r a l i s c h e Schranke dem Zugriff Dritter entgegenstellen. Dem ist aber nicht so. Kein äußeres Zeichen deutet im mindesten auf die Fortdauer der Beziehungen, auf das (subjektive) Band, das mich den Besitzer noch mit meiner Sache verbindet. Wäre mir die Brieftasche beim Streifen durch den Wald zufällig ahnungslos aus der Tasche geglitten, so würde sie nach außen um kein Haar anders erscheinen. Im letzteren Falle wäre sie aber ganz unzweifelhaft verloren, auch nach der Besitztheorie; denn hier hat auch der Besitz aufgehört, zu existieren.

5. (Vergleich und Fragestellung): Es ist nun für unsere Aufgabe außerordentlich interessant, gerade die beiden Fälle zu vergleichen. Den einen Fall, da ich absichtlich die Brieftasche weggeworfen habe und den anderen Fall, da sie mir unbewußt entglitt:

a) Trotzdem das einemal der Besitz fortbesteht, und das anderemal nicht, erscheint, wie gesagt, nach außen, gegen Dritte, die Brieftasche ganz genau im gleichen Zustand wirtschaftlicher Verwahrlosung. Man muß sogar noch weitergehen und sagen: „der allererste und naheliegendste Gedanke, den der äußere Anschein der Sache in beiden Fällen hervorruft, ist der, daß jegliche

Beziehungen zwischen der Sache und ihrem rechtmäßigen Herrn aufgehört haben, daß also auch die Besitzgewalt erloschen ist.

Die Norm ist doch stets, daß da, wo der rechtmäßige Herr einer Sache noch irgendwelche Beziehungen zu derselben hat, dies irgendwie im äußeren Anschein zum Ausdruck kommt. Der Fall unseres Beispiels (daß der Besitz noch fortbesteht, ohne daß irgend ein äußeres Zeichen darauf hinweist) ist sonach ein *seltener und fernliegender Ausnahmefall.*

Soviel über das tatsächliche Verhältnis der beiden zum Vergleich stehenden Fälle.

b) Und nun die *rechtliche* Behandlung der Fälle.

Im Fall des unbewußten Entgleitens (dem Fall, den wir als Normalfall ansehen müssen) besteht nicht der geringste Zweifel. Die Sache ist verloren; jeder Dritte darf und soll sie aufheben.

Wie ist's nun aber im Fall des bewußten Wegwerfens, dem Ausnahmefall unseres Beispiels? Ist hier die rechtliche Behandlung dieselbe, darf der Dritte die Brieftasche auch hier aufheben, oder gelten andere Regeln?

Für die Besitztheorie, d. h. für ihre strengen Vertreter, ist die Antwort gegeben. Für sie verhindert die Fortdauer des Besitzes (wenn auch nach außen noch so unerkennbar) Verlorensein und Aufhebbarkeit. Obwohl die Brieftasche hier nach außen in genau demselben Zustand der Verwahrlosung erscheint, wie im anderen Fall des Besitzverlusts, darf der Dritte sie jetzt nicht aufheben. Das unsichtbare und sogar an sich unwahrscheinliche Besitzband erscheint stark genug, dem Zugriff Dritter eine wirksame Schranke entgegenzustellen. —

Ist nun dieses Resultat (diese verschiedene rechtliche Behandlung unserer beiden Fälle je nach Besitz oder Nichtbesitz) gerechtfertigt, entspricht es dem Leben,

der Vernunft und unserem Gesetz? Das ist die Frage, mit der wir uns jetzt eingehend beschäftigen wollen.

§ 11.

Die Besitztheorie und ihr Verhältnis zu Leben und Gesetz.

I. Besitztheorie und Leben.

Wir wollen auch hier wieder, wie bisher, von den Anschauungen des Lebens ausgehen.

a) Wir setzen den Fall: Ein Laie, der nichts von den Spitzfindigkeiten unserer Besitzlehre versteht, geht im Wald spazieren und sieht seitwärts vom Weg unversteckt meine Brieftasche liegen. Was wird er tun? Wird er sie liegen lassen? Oder wird er sie aufheben und glaubt er sich im Recht, sie aufzuheben? Ich glaube, mit Grund sagen zu dürfen, daß jeder normale Mensch sie mit gutem Gewissen aufheben wird, ja noch glaubt, ein gutes Werk damit zu begehen.

Ich glaube, auch soweit mit gutem Gewissen gehen zu dürfen, wenn ich sage, daß selbst die eventuelle Belehrung eines vorübergehenden Vertreters der Besitztheorie den Finder nicht in seinem Entschlusse schwankend machen wird. Ich glaube, daß er für die Belehrung, daß der Eigentümer der Brieftasche am Ende noch wisse, wo sie sei und so noch Besitzer sei, nur ein Kopfschütteln (im besten Falle) haben wird.

b) Und ich, der Eigentümer der fortgeworfenen Brieftasche, was tue ich, wenn ich wiederkehrend dieselbe nicht mehr an dem alten, bekannten Platze treffe? Werde ich mich stolz auf meine Besitzposition berufen und darauf, daß der Dritte durch verbotene Eigenmacht meinen Besitz gestört habe? Sicher nein. Ich werde gerne die Verlorenheit und die damit verbundene Finderpflicht zu meinen Gunsten akzeptieren. Wir sehen also:

Die Ergebnisse der Besitztheorie stehen im Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen (Uebung) des Lebens, und das ist schon ein sehr bedenkliches Zeichen.

II. Besitztheorie und Gesetz.

Wie ist nun das Verhältnis zum Gesetz? Finden die Konsequenzen der Besitztheorie wenigstens einen Anhalt im Gesetz?

1. Um dies zu ergründen, wollen wir eine Probe machen und folgendes Beispiel betrachten.

„A hat die von mir bewußt bei Seite geworfene Brieftasche im Walde getroffen und aufgenommen. Er tat dies im Glauben, eine verlorene Sache vor sich zu haben. Er täuschte sich aber (d. h. nach Auffassung der Besitztheorie). Denn die Brieftasche durfte, weil noch in meinem Besitz, nicht aufgehoben werden, war nicht verloren."

Die Folge ist natürlich, daß mangels einer verlorenen Sache die Regeln von Fund und Fundrecht nicht in Frage kommen. Statt deren kommen (da A I. sich immerhin in meinen als des vermeintlichen Verlierers Dienst gestellt hat) die Regeln von der auftraglosen Geschäftsführung (§ 677 ff.) zur Anwendung. Das Resultat ist nun wesentlich anders, als sich A gedacht. An Stelle von Haftung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit tritt Haftung für jedes Verschulden. Von Finderlohn (der ihn vielleicht überhaupt erst ermuntert hat) ist natürlich keine Rede; ebensowenig von einem eventuellen späteren Eigentumsübergang. Findet sich der bisherige Inhaber wieder, so kann A Ersatz für seine Aufwendungen nur verlangen, wenn sie gerechtfertigt waren oder genehmigt werden. Da der Besitz noch nicht verloren gegangen war (und A sich auch nicht auf die Ausnahme des § 965 berufen kann) stellt das Aufheben der Brieftasche verbotene Eigenmacht dar. Aus dieser

müssen dem bisherigen Inhaber und Besitzer — wenn auch nicht Ansprüche aus § 823 — so doch event. aus § 861 gegen den ehrlichen Störer erwachsen. Wenn die Sache zufällig beim Finder untergeht, so verlangt er umsonst Ersatz seiner bisherigen Auslagen. Daß diese Aussichten nichts besonders verlockendes haben, wird jedermann zugeben. Gar mancher, der einmal diese Erfahrung gemacht hat, wird das nächste Mal sich hüten, eine Sache, die er so verwahrlost liegen sieht, aufzuheben. Denn das Risiko, daß der Herr noch weiß, wo die Sache ist, sie noch besitzt, ist ja immer da. Und damit kommen wir nun zu der schlimmsten Konsequenz der Besitztheorie. Dieses Hereinspielen subjektiver, für Dritte unerkennbarer Momente, hat zur Folge, daß es für den Finder an jedem sicheren Maßstab fehlt, der ihm zeigen könnte, ob er eine verlorene Sache vor sich hat oder nicht. Er ist niemals sicher, ob nicht event. ein für ihn unerkennbares Besitzband ihn zu der unangenehmen Rolle eines auftraglosen Geschäftsführers verdammt. Die Folgen dieser Unsicherheit bleiben daher nicht dabei stehen, daß sie ab und zu dem vermeintlichen Finder eine unangenehme Ueberraschung bereiten. Sie schrecken ebensogut auch den richtigen Finder einer ganz unzweifelhaft verlorenen Sache ab. Diese Abschreckung steht aber in direktem Widerspruch zu den Tendenzen des Gesetzes, das ja den Finder möglichst zum Aufheben und zur Uebernahme der Fundpflichten ermuntern will. Außerdem schädigt diese Abschreckung ja niemand mehr, als den Verlierer, dem doch unser Gesetz helfen will.

2. Weitere Schattenseiten der Besitztheorie tauchen auf, wenn wir nun im Folgenden unser Beispiel ändern und annehmen: die Brieftasche im Wald sei tatsächlich (auch i. S. der Besitztheorie) verloren gewesen und der Finder habe trotz des eventuellen Risikos dieselbe aufgenommen.

Nun will der Finder von der Erleichterung, die ihm das Gesetz in § 967 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegeben hat, Gebrauch machen und da ihm die Verwahrung lästig wird, die Sache der Polizei übergeben. Nun erhält er dort den Bescheid: „Ja wir müssen wissen, ob die Sache sicher eine verlorene ist. Denn nur eine solche müssen wir aufnehmen. Also beweise uns, daß sie keinen Besitzer mehr hat.“ Das kann er aber nicht. Denn hier beim Besitz spielen, wie gesagt, event. subjektive Momente herein, über die höchstens der Besitzer selbst, aber kein Dritter Auskunft geben kann.

Wegen der Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit der Beweislast wäre die vom Gesetz gedachte Erleichterung so gut wie hinfällig.

Wieder ein Ergebnis, das mit den Tendenzen des Gesetzes, gerichtet auf Erleichterung und Vereinfachung im Widerspruch steht.

3. Ferner: Nach dem Gesetz soll, wenn der verlierende Eigentümer nicht während bestimmter Zeit ermittelt werden kann, das Eigentum auf den Finder übergehen. Nun kann aber, wenn wie nach der Besitztheorie subjektiv unerkennbare Momente hereinspielen dürfen, der Finder nie genau wissen, ob er eine verlorene Sache aufgenommen hat oder nicht.

Bis zu 30 Jahren kann immer noch plötzlich der frühere Inhaber sich melden und nachweisen, daß er zur Zeit der Ansichnahme noch gewußt hat, wo die Sache sei, daß diese somit tatsächlich nicht verloren war.

Ein gewissenhafter Finder wäre somit durch diese Eventualität bis zum Ablauf der 30 Jahre an der freien wirtschaftlichen Verwertung der Sache gehemmt. Also auch hier wieder schafft das Hereinspielen subjektiver Momente unsichere Verhältnisse und lähmt tatsächlich das praktische Funktionieren der vom Gesetz gewünschten raschen, glatten rechtlichen Regelung.

4. Auch das sei endlich noch erwähnt, daß speziell unredliche Finder hinter der Besitztheorie einen bequemen Deckmantel finden würden.

   Die Polizei hat nach § 978 das Recht, einem verdächtigen unredlichen Finder die Fundsache abzunehmen.

   Aber auch hier muß sie natürlich beweisen können, daß es sich um eine verlorene Sache handelt und dieser Nachweis ist bei der Besitztheorie ja so schwer, oft fast unmöglich.

5. Ziehen wir die Summa, so sehen wir, daß zwischen den Konsequenzen der Besitztheorie und den Tendenzen des Gesetzes ein unvereinbarer Gegensatz besteht. Unser Gesetz will die Fundlehre so einfach wie möglich gestalten, und die Besitztheorie macht sie durch Hereinziehen subjektiver äußerlich unerkennbarer Momente so kompliziert und schwierig wie möglich. Das Gesetz will den Finder durch alle Mittel zur Aufnahme der Fundpflichten ermuntern, die Konsequenzen der Besitztheorie schrecken ihn ab. Das Gesetz will die Situation des Finders tunlichst erleichtern, die Besitzlehre mit ihrer Schwierigkeit der Beweislast führt zu einer unerträglichen Erschwerung derselben und öffnet der Chikane Tür und Tor. Das Gesetz will in allem in erster Linie das Interesse des Verlierers wahren. Nach der Besitzlehre würde es ihm den denkbar schlimmsten Dienst erweisen, d. h. es würde nur schaden und nichts nützen. — Schaden dadurch, daß es das Publikum abschreckt und mißtrauisch macht und nichts nützen durch ein praktisch lebensunfähiges Werk, da immer die Rücksicht auf eventuelle unerkennbare, und zudem noch unwahrscheinliche subjektive Momente das Funktionieren seiner Fundregelung hemmen würde. Eine derartige Inkonsequenz des Gesetzes und die Schöpfung eines derartig praktisch wertlosen Werks kann vom Gesetzgeber nicht angenommen werden. Dann aber bleibt keine andere Alternative als der Schluß: Soll

nicht sein Werk eine praktisch wertlose Mißgeburt sein, so darf ein lediglich subjektives, äußerlich unerkennbares (und unbeweisbares) Besitzband kein Hemmnis für den Zugriff Dritter bilden. Der Dritte muß, genau wie er es ja auch im Leben tatsächlich tut, eine Sache, die sich ihm äußerlich völlig verwahrlost präsentiert, auch mit gutem Gewissen jederzeit aufheben dürfen (ohne daß verbotene Eigenmacht vorliegt) mag sie nun noch in fremdem Besitz sein oder nicht.

§ 12.

Die Notwendigkeit der Ablösung des Begriffs von den engenden Schranken der Besitztheorie.

Dasselbe, was wir eben ausgeführt haben, haben auch manche Vertreter der Besitztheorie erkannt und diese Erkenntnis hat sie veranlasst, nach einem Ausweg zu suchen.

Als bezeichnend darf hier (worauf speziell Brückmann hinweist) festgestellt werden, daß gerade die Einzelschriftsteller, die sich mit der Materie eingehender beschäftigt und an Beispielen die Tragweite der Besitztheorie geprüft haben, nach einem Ausweg suchen.[1])

I. Die einen finden einen solchen in der Annahme einer Koincidenz von Verlieren und Finden. Sie sagen: Wird eine wirtschaftlich gänzlich verwahrloste Sache von einem Dritten als verloren aufgenommen, so geht jedenfalls mit diesem Finderakt der etwa noch an der Sache bestehende Besitz zu Grunde. Es wird also die eigentliche Voraussetzung des Verlorenseins (nämlich die Loslösung von dem bisher bestehenden Besitzverhältnis) doch noch im letzten Moment nämlich eben durch den Aufnahmeakt des Finders erfüllt. Allein dieser Ansicht[2]) steht schon der Wortlaut von § 965 entgegen.

---

[1]) Vergl. Goldmann-Lilienthal S. 288; Mohr a. a. O. S. 15—16.

[2]) Bei der ein und derselbe Akt zugleich die Verlorenheit begründet und auch wieder beseitigt.

Die Fassung: „wer eine verlorene Sache findet", weist deutlich darauf hin, daß der Finder die Sache schon in einem verlorenen Zustand antreffen müsse, daß also der Zustand des Verlorenseins dem Finden zeitlich vorangehen müsse.

II. Wieder ein anderer z. B. von Blänkner a. a. S. 14 beschrittener Ausweg geht in der Richtung, daß er einfach das Erfordernis der objektiven Besitzlosigkeit fallen läßt und sagt: „eine Sache ist nicht bloß dann verloren, wenn sie objektiv besitzerlos ist, sondern auch schon dann, wenn der Finder sie den äußeren Umständen nach (subjektiv) für eine besitzerlose halten mußte."

Diese Lösung bedeutet aber im Grunde nichts anderes als eine praktische Preisgabe der Besitztheorie (und der durch den Besitz gezogenen Grenzen) und das formelle Festhalten an derselben durch das Hereinmengen subjektiver Momente kann nur künstlich wirken.

Viel einfacher und natürlicher ist es, in solchem Fall von der einengenden und komplizierten Form der Besitztheorie nicht bloß objektiv sondern überhaupt ganz abzukommen, und ohne Hereinmengen subjektiver Momente einfach den betreffenden wirtschaftlichen Gefahrzustand, der mangels einer äußerlich erkennbaren und sichernden Obhut die Sache dem beliebigen und auch berechtigten Zugriff Dritter aussetzt, als den Zustand objektiver Verlorenheit zu betrachten. Dann bei dieser einfachen und durchaus natürlichen Lösung, aber auch einzig dann, schwinden alle Schwierigkeiten. Jetzt da schon dem Gefahrzustand als solchem die Eigenschaft der Verlorenheit zukommt, ist Raum gegeben für die Anwendung von § 965 und das Aufnehmen erscheint nicht als verbotene Eigenmacht. Jetzt darf der Finder, wenn die Sache äußerlich die Merkmale der wirtschaftlichen Verwahrlosung trägt, sie auch ohne Risiko aufnehmen. Jetzt löst sich auch die Schwierigkeit der Beweisfrage ohne weiteres auf. Jetzt ist der

Finder nicht mehr eventuellen Chikanen und Beschwerungen seitens der Polizei (oder auch des Verlierers) ausgesetzt. Die Rücksicht auf etwaige subjektiv unerkennbare unwahrscheinliche Momente liegt nicht mehr wie ein lähmender Bann über der Sache und hemmt die vom Gesetz beabsichtigte rasche Wiedergabe in den nutzenden Verkehr. Jetzt liegt die Sachlage einfach und klar, ist den Laien sympathisch und ermuntert sie zur Uebernahme der Fundpflichten. Jetzt und nur jetzt erscheint die Anwendung und das Funktionieren der Fundregelung im Sinn des Gesetzes gesichert.

Das ist aber der beste Beweis, daß unsere Auffassung in der vom Gesetz beabsichtigten Richtung geht (im Gegensatz zur Besitztheorie).

III. Wir können übrigens dasselbe Resultat auch anderweitig aus der allgemein wirtschaftlichen Tendenz des Gesetzes ableiten.

Wir wissen ja, das Gesetz steht hier beim Fund durchaus und alleinig auf einem wirtschaftlichen Standpunkt und wird lediglich durch die wirtschaftliche Verwahrlosung der Sache zum Eingreifen bestimmt.

Und nun betrachten wir von diesem Standpunkt aus unser Beispiel von der Brieftasche im Walde. Hier ist es, wie wir oben gesehen haben, für das tatsächliche Geschick der Sache zunächst ganz gleichgiltig, ob ich noch weiß, wo sie ist oder nicht. Ob ich es weiß oder nicht, erscheint sie doch nach aussen in genau demselben Zustand der Verwahrlosung und wird auch vom Publikum ganz gleich behandelt.

D. h. sie wird tatsächlich im einen Fall wie im andern vom Publikum genau so unbedenklich aufgehoben und muß auch aufgehoben werden dürfen, wenn nicht die peinlichsten Konsequenzen eintreten sollen. Unter solchen Umständen kann aber doch ernstlich nicht mehr davon die Rede sein, daß die Brieftasche mir auf Grund meines

etwaigen Besitzes wirtschaftlich noch reserviert sei, noch einen positiv wertbaren Bestandteil meines Vermögens bilde. Sie ist sicher, solange ich nicht komme und wieder die Zeichen meiner Herrschaft aufpflanze, mir wirtschaftlich genau so sehr entfremdet, wie eine besitzerlose Sache, d. h. sie ist m. a. W. genau so verloren. Und die Sache ist nicht etwa darum als verloren zu betrachten, weil sie eine besitzlose zu sein s c h e i n t, sondern weil sie (ob Besitz oder nicht) wirtschaftlich genau so sehr verwahrlost, genau soweit aus meiner Hand gekommen ist. Wir können zum Schluß auch noch den weiteren Satz hinzufügen: Nicht die Tatsache der Aufnahme schafft erst den Zustand der Verlorenheit, sondern eben schon die Tatsache, daß die Aufnahme der Sache ohne das geringste tatsächliche (und auch rechtliche) Hindernis möglich ist und möglich sein muß, bezeugt, daß der Zustand wirtschaftlichen Verlorenseins trotz des Besitzes schon v o r h e r vorhanden war. Durch all diese bisherigen Ausführungen erscheint der Satz wohl erwiesen, daß eine Sache t r o t z b e s t e h e n d e n B e s i t z e s d o c h s c h o n v e r l o r e n i. S. d e s G e s e t z e s s e i n k a n n.

§ 13.

Der menschliche Machtbereich und dessen Wirkungen: dessen grundsätzlich reservierende Kraft.

I. Unsere Auseinandersetzung mit der Besitztheorie ist damit noch nicht zu Ende. Unsere bisherigen Erörterungen gingen alle wesentlich in einer bestimmten Richtung; nämlich in der Richtung der Frage: „ist der Besitzverlust e r f o r d e r l i c h, um eine Sache verloren zu machen?"

Jetzt gehen wir noch einen Schritt weiter und fragen: „ist der Besitzverlust wenigstens g e n ü g e n d, eine Sache verloren zu machen, darf ich wenigstens eine besitzerlose Sache stets verloren nennen?" Die folgenden

Erörterungen werden uns zeigen, daß auch in dieser Richtung Besitzgrenze und Verlustgrenze auseinandergehen, d. h. wir werden sehen, daß tatsächliche Beziehungen und Zustände denkbar sind, die einen Gegenstand zwar nicht mit der vollen Besitzgewalt umfassen, andererseits aber doch stark genug sind, den betr. Gegenstand vor dem Zugriff Dritter und damit vor der Verwahrlosung und der Verlorenheit zu schützen.

II. Wir kommen damit auf ein Moment zu sprechen, das bei unseren bisherigen Beispielen ausgeschaltet war, das aber jetzt in den Vordergrund unserer Erwägungen zu treten hat. Es ist dies der Einfluß und die Gewalt des menschlichen Machtbereichs.

Blicken wir im Leben umher, so finden wir fast überall Gebiete, die (wie z. B. ein Haus, ein Schiff, ein umzäunter Garten) der speziellen Machtgewalt eines bestimmten Herrn unterworfen sind.

Von der Kraft dieser Machtgewalt steht soviel fest, daß sie als solche noch nicht stark genug ist, um ihrem Inhaber ohne weiteres die volle Besitzgewalt über alle in den Machtbereich eintretenden Sachen zu sichern. Das geht aus § 867 des Bürgerlichen Gesetzbuchs deutlich hervor und ist auch in der Literatur unbestritten.

a) Für die Besitztheorie ist damit die Frage gelöst. Die Sache kann innerhalb des Machtbereichs besitzerlos sein, also kann sie auch dort verloren sein.

b) Für uns, für die statt des Besitzes andere, wesentlich wirtschaftliche Momente maßgebend sind, bleibt immer noch die Frage übrig: „Ist nicht etwa hier die Gewalt des Machtbereichinhabers trotz des mangelnden Besitzes stark genug, die Sache wirtschaftlich wirksam zu erfassen, den Zugriff Dritter abzuwehren und so den eigentlichen Rechtsgrund der gesetzlichen Nachhilfe auszuschließen?

III. Um eine Antwort auf diese Frage geben zu können, müssen wir uns zunächst die Grundsätze vergegenwärtigen, die allgemein für den Umfang und die Stärke einer solchen

im Bereich wirkenden Machtgewalt gelten. Nehmen wir als Beispiel ein Haus, das mir zu Eigentum gehört.

1. Hier gilt im allgemeinen der Grundsatz: „Mein Haus ist meine Burg." Soweit die Wände meines Hauses reichen, bin ich der Herr und alles ist meiner Gewalt untertan. Mein Wille und nur dieser ist der ausschließlich bestimmende Faktor. Gegen jeden Zugriff Dritter, gegen jedes fremde Eindringen in die mir reservierte Macht- und Rechtssphäre bin ich rechtlich stark geschützt; teils zivilrechtlich durch die Bestimmungen über den Besitzschutz, teils strafrechtlich durch die Strafbestimmungen über den Hausfriedensbruch. Diese eben geschilderte Machtstellung ist ihrem ganzen Wesen nach grundsätzlich eine ausschließliche und erfaßt an sich alles, was im Bereiche meines Hauses ist.

2. Nur unter ganz bestimmten, gesetzlich festgelegten Ausnahmefällen darf mir ein anderer in meinen Bereich eindringen, an Gegenstände in meinem Bereiche rühren, oder über sie bestimmen.

   So natürlich, wenn ich der Eigentümer des Hauses es erlaube (wie im Fall der Miete) oder in gewissen Fällen, da dem andern eine überlegene Rechtsposition an der Sache zusteht (z. B. wenn der Besitzer einer Sache dieselbe persönlich mit sich in meinen Bereich hereinbringt) oder endlich in Fällen, da bestimmte stärkere Interessen des Dritten oder der Allgemeinheit eine Ausnahme von dem Prinzip der Alleinherrschaft des Bereichinhabers heischen. (Vrgl. die Bestimmungen über das Nachbarrecht § 904 ff.) u. s. f.

   Zu betonen ist aber immer wieder: Jedes Bestimmungs- und Eingriffsrecht des Dritten ist eine Ausnahme, die sich stets auf einen ganz bestimmten Rechtsgrund gründen muß. Im Zweifel spricht die Vermutung stets für das alleinige (ausschließliche) Vorrecht des Machtinhabers und gegen ein Eingriffsrecht des Dritten.

Schon diese allgemeinen Grundsätze sprechen also für eine weitreichende und prinzipiell umfassende Vorrechtsposition des Bereichinhabers und für die Unabhängigkeit derselben von Besitz und Besitzgewalt.

IV. Wir finden aber noch eine weitere Bestätigung dieses Satzes in den spezifischen Bestimmungen des § 867 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. Der Gesetzgeber spricht dort gerade von dem Fall, daß eine Sache aus der Hand ihres Besitzers zwar in fremden Bereich, aber noch nicht in den Besitz des fremden Bereichinhabers geraten ist und knüpft daran die Bestimmung, daß in solchem Fall der Bereichinhaber verpflichtet sein solle, das Abholen und die Wegnahme der Sache durch den Besitzer zu dulden.

   Diese Duldungspflicht ist aber keineswegs bedingungslos normiert; vielmehr kann der Bereichinhaber in gewissen Fällen verlangen, daß der Besitzer vor dem Abholen mit ihm verhandele, ihn gegen etwaige Schäden sicherstelle. (Vrgl. S. 2).

2. Aus dieser Fassung und Regelung ist ohne weiteres ersichtlich, daß der Gesetzgeber hier dem Bereichinhaber trotz seiner mangelnden Besitzgewalt doch schon eine gewisse zu respektierende Position an der eingedrungenen Sache zugesteht. Das kommt sogar schon darin zum Ausdruck, daß der Bereichinhaber rein passiv zur Duldung legitimiert wird. Denn nur derjenige, der über eine Sache etwas zu sagen hat, ist auch in der Lage etwas bezüglich derselben zu dulden.

   Das liegt schon im Wortsinn von „dulden" enthalten. Noch deutlicher tritt die Respektierung der Bereichgewalt darin zu Tage, daß ihr Inhaber beim Eindringen dritter Sachen auch schon a k t i v legitimiert wird, als derjenige, mit dem der abholende Besitzer unter Umständen zuvor verhandeln muß. Aber der allerbeste Beweis für

den wirksamen Einfluß des Machtbereichs liegt in der Tatsache, daß die Pflicht des Bereichinhabers zur Duldung des Abholens ausdrücklich nur gegenüber dem abholenden Besitzer ausgesprochen ist.

Der bestimmende Rechtsgrund und Gedanke des Gesetzes liegt hier nahe. Der Machtinhaber, der noch nicht die Besitzgewalt an der Sache erlangt hat, soll gegenüber dem Abholer (der den Besitz noch nicht verloren hat, oder wenigstens der letzte Besitzer gewesen ist), also gegenüber dem Inhaber der überlegenen Rechtsposition zurücktreten. Wir sehen damit denselben Gedanken, den wir oben aus den allgemein giltigen Grundsätzen abgeleitet haben, auch hier wiederkehren: „Der Bereichinhaber muß unter Umständen seine prinzipiell ausschließliche Machtgewalt einer höheren Rechtsposition gegenüber zurücktreten lassen. Aber nur dieser gegenüber, nicht gegenüber jeder dritten Person. Der Ausnahmecharakter des § 867 kann nach all dem nicht zweifelhaft sein und der Schluß, den wir mittelst argumentum e contrario aus § 867 entnehmen dürfen, ist der: „Der Bereichinhaber, der hinsichtlich der Sachen in seinem Bereich selbst dem überlegenen Besitzer gegenüber eine gewisse rechtlich anerkannte Position hat, muß nur diesem Besitzer bezw. Vorbesitzer gegenüber weichen, dritten beliebigen Personen gegenüber aber nicht. Er darf sonst zu jedem andern, der in seinem Bereich etwas abholen will, sagen: „halt, zeige mir dein besseres Recht; wenn nicht, so lasse deine Finger davon. Dann gehe ich vor." Er schließt also tatsächlich den Zugriff dritter wirksam aus, obwohl er selbst noch keine Besitzgewalt an der eingedrungenen Sache erlangt hat und wir haben damit den Beweis, daß unter Umständen eine ganz besitzerlose Sache (wenn sie nur in wirksamem Machtbereich gelegen ist) gegen den Zugriff Dritter und damit gegen die Verwahrlosung und Verlorenheit geschützt sein kann.

§ 14.

Probe des bisherigen Ergebnisses an der Hand unserer allgemeinen Grundsätze.

Dies alles gilt wenigstens für den Normalfall, von dem wir hier zunächst allein reden wollen. Das heißt, dies gilt für den Fall, daß eine eindringende Sache zugleich mit ihrem Eindringen auch schon so nahe und greifbar in die Machtgewalt des Bereichinhabers gerät, daß nach dem normalen Verlauf der Dinge mit der künftigen tatsächlichen Erfassung der Sache durch den Bereichinhaber ohne weiteres wertbar gerechnet werden kann.

1. Bleiben wir einmal bei diesem Fall stehen, so sehen wir, daß hier bei dieser durch die tatsächlichen Verhältnisse unterstützten rechtlichen Reservierung der Sache von einer wirtschaftlichen Verwahrlosung der Sache im Sinn des Gesetzes keine Rede sein kann. Die Sache mag in solchem Fall ihrem bisherigen Herrn und Besitzer entfremdet sein, dem Verkehr als solchem ist sie es nicht. Fehlt ihr die Hand und Obhut ihres bisherigen Herrn, so ist eben an deren Statt eine andere, ebenfalls wirksame, ebenfalls grundsätzlich ausschließliche des Bereichinhabers getreten. Wenn eine Gefahr somit besteht, so ist sie höchstens auf die Person des bisherigen Inhabers beschränkt. Dem Verkehr als solchem droht kein Verlust; damit entfällt aber, wie wir oben näher ausgeführt haben, der eigentlich bestimmende Rechtsgrund für die gesetzliche Nachhilfe.

2. Auch sonst stimmt das Ergebnis mit unseren früheren Ausführungen zusammen. Wir haben oben a. a. O. des Näheren erörtert, daß die Verlorenheit einer Sache vom Standpunkt des dritten Finders aus objektiv lösbar sein muß, wenn überhaupt die Fundobligation praktisch funktionieren soll.

   In dieser Beziehung können wir hier vollständig auf unsere früheren Ausführungen verweisen. Was sagt nun

aber der äußere Machtbereich zu Dritten, die des Weges kommen? Steht er nicht da als ein äußeres Wahrzeichen, das warnend die Inschrift trägt: „Achtung: — An sich Nehmen verboten."

3. Und dieses Warnungszeichen gilt nicht nur für Dinge, die sich im Machtbereich an einem normalen Platz befinden (z. B. für einen Schirm in meinem Ständer). Es gilt unter Umständen ebenso für Sachen, die sich an einem bestimmungswidrigen Platz (z. B. am Boden eines Zimmers) befinden.

a) So zweifelt z. B. kein Mensch daran, daß eine Sache, die dem Hauseigentümer innerhalb seines Bereichs zeitweilig aus den Augen gekommen ist, die er vorübergehend an einen anormalen Platz verlegt hat, noch nicht verloren ist.

b) Aehnlich ist es, wenn z. B. der Hausinhaber oder auch ein dritter Besucher eine Sache an einem anormalen Platz im Hause hat liegen lassen und vergessen hat, die Sache von dem betreffenden ihm bekannten Platze aufzunehmen. Jeder heißt die Sache in solchem Fall vergessen aber nicht verloren und sieht ein, daß es zu ganz unguten Konsequenzen führen würde, wenn jeder Dritte kommen und eine derartig vergessene Sache aufheben und mitnehmen dürfte.

Es kann also nicht einmal der Umstand, daß sich eine Sache innerhalb eines Machtbereichs an einem anormalen Platze befindet, dritte Passanten zur Aufnahme der Sache ermuntern. Das Publikum ist sich dessen auch bewußt und wird deshalb Sachen in einem fremden Haus grundsätzlich unberührt lassen und das Vorrecht des Hauseigentümers anerkennen.

Dies bringt uns nun auf die Frage, was ist denn wohl eigentlich der Grund, der hier im Bereich eines Hauses eine eingedrungene Sache grundsätzlich vor fremdem Zugriff sichert, ganz gleich wie sich die Besitzlage im einzelnen gestaltet. Der Grund kann

wohl nur darin gefunden werden, daß die eingedrungene Sache im Bannkreis des Hauses den Rechtsfrieden, die Macht und Obhut des fremden Hausinhabers ohne weiteres und unmittelbar mitgenießt.

Diese grundsätzlich ausschließliche und grundsätzlich allumfassende, auch äußerlich erkennbare o b j e k t i v e O b h u t des Bereichinhabers ist es, die ihren schützenden Mantel sofort auch um die eindringende fremde Sache schlägt und breitet. Diese Obhut aber ist ganz objektiver Art. Sie beruht lediglich auf der rein tatsächlichen Lagerung (oder Erfassungsmöglichkeit) im Machtbereich und sie ist und bleibt dieselbe, ob nun die subjektiven Beziehungen und damit eventl. die Besitzverhältnisse der Sache wechseln oder nicht.

§ 15.

Der wirtschaftlich wirkungslose Machtbereich.

I. Wir haben damit die Wirkung und die Kraft des Machtbereichs noch nicht völlig nach allen Seiten erschöpft. Wir haben insbesondere bei unseren Erörterungen über den Einfluß des Machtbereichs bisher e i n e n Fall (d. h. allerdings einen Ausnahmefall) ausgeschieden, der uns jetzt noch näher beschäftigen soll. Es ist dies der Fall, daß eine Sache zwar im Machtbereich gelagert ist, aber unter so besonderen Umständen, daß mit einer bevorstehenden tatsächlichen Erfassung der Sache überhaupt nicht wertbar gerechnet werden kann, auch nicht mit einer Erfassung durch den erstberufenen Bereichinhaber.

II. Die tatsächliche Stärke der Machtgewalt ist nämlich keineswegs in jedem Machtbereich die Gleiche. Sie ist eine andere draußen im freien Feld im Bereich einer mir gehörigen offenen Wiese und eine andere z. B. innerhalb der 4 Wände meines Zimmers.

1. Im letzteren Fall, im Bereich meines Zimmers, da darf ich allerdings mit Grund damit rechnen, daß eine ein-

dringende Sache im normalen Verlauf der Dinge auch tatsächlich in meine Hand geraten werde. Hier schließt das Geraten in den Machtbereich normalerweise auch das Geraten in die wirtschaftlich wirksame Einflußsphäre in sich und gibt daher der berechtigten Rechtsposition auch einen tatsächlichen, wirtschaftlich wirksamen Hintergrund. Von einer tatsächlichen wirtschaftlichen Verwahrlosung kann hier keine Rede mehr sein.

2. Anders wenn jemand beim Gallopieren durch die weiten Wiesen des Gutsbesitzers A unbemerkt einen Edelstein verliert. Hier ist sicherlich der Edelstein noch nicht ohne weiteres in solchen Kontakt mit der Machtgewalt des A geraten, daß man sagen könnte, A habe schon eine wirtschaftlich irgendwie wertbare Obhut und Einfluß auf das Schicksal der Sache gewonnen. Man wird vielmehr sagen müssen: die Wahrscheinlichkeit, daß A die in seinen weiten Wiesen verschwindende Sache auch erfassen werde, ist so fernliegend und so unsicher, daß der Edelstein noch nicht als wirtschaftlich wertbares Objekt in seiner Hand, als wirtschaftlich von ihm positiv erfaßt und gesichert gelten kann.

   Die Machtgewalt in diesen Wiesen ist also noch nicht so intensiv, um die eingedrungenen Sachen tatsächlich der wirtschaftlichen Verwahrlosung zu entziehen.

   Das gleiche gilt übrigens auch für eine wirtschaftlich an sich sehr wirksame Machtgewalt (wie etwa die Hausgewalt), wenn besondere Umstände, wie z. B. eine abnorme Lagerung die normale Stärke der Machtgewalt bis zur wirtschaftlichen Wirkungslosigkeit herabschwächen. Z. B. ein goldener Ring rollt unbemerkt in ein von Mäusen gegrabenes Loch in der Zimmerecke.

3. Die eben genannten Beispiele einer wirtschaftlich unwirksamen Machtgewalt bringen uns nun auf die Frage:

   Verdient eine solche Machtgewalt, die eine eingedrungene Sache tatsächlich gar nicht wertbar erfaßt, denselben

Respekt, wie eine wirtschaftlich vollwirksame? Soll auch hier die Sache dem alleinigen Zugriff des Machtinhabers vorbehalten bleiben, trotzdem ja mit dessen Zugriff wirtschaftlich noch gar nicht gerechnet werden kann, oder aber sind hier die positiven Interessen des wirtschaftlichen Verkehrs stärker und verlangen unter Ausschaltung des wirkungslosen Vorrechts das Eingreifen der gesetzlichen Fundobligation.

III. Das Leben.

Wir wollen auch hier wieder versuchen die Antwort zuerst aus den Anschauungen des Lebens zu holen. Wir wollen uns fragen: Wie wird sich (normal) das Publikum verhalten, wenn es etwa beim Streifen durch die Wiesen des A den Edelstein am Boden entdeckt; wird es ihn liegen lassen oder aufheben? Ich denke sicherlich, daß es ihn aufheben und die Bereichgewalt nicht respektieren wird. Es wird sich also hier wesentlich anders verhalten als z. B. im Innern eines Hausbereichs. Wie erklärt sich nun dies? Steht ein berechtigter Grund dahinter oder ist es nur eine unberechtigte Caprice, aus der das Leben einmal die Bereichgewalt respektiert und das andere mal nicht.

IV. Gesetz.

Wir werden im folgenden sehen, daß der gesunde Instinkt des Lebens auch hier, wie sonst, ein guter Führer ist und daß der von ihm beschrittene Weg speziell auch derjenige des Gesetzes ist.

1. Das Gesetz hat, wie wir wissen, die Fundregelung aus wesentlich wirtschaftlichen Gründen ins Leben gerufen. Es will den Gefahren wirtschaftlicher Verwahrlosung durch seine Beihilfe entgegentreten. Gerade ein solcher (vom Gesetz vorausgesetzter) Zustand wirtschaftlicher Verwahrlosung ist aber eben auch hier im wirtschaftlich wirkungslosen Machtbereich gegeben.

Denn vom wirtschaftlichen Standpunkt aus ist es genau dasselbe, ob eine Sache außerhalb eines konkreten Machtbereiches ist (z. B. in einem öffentlichen Wald) oder ob der betr. Machtbereich, in dem sie steht, wirtschaftlich wirkungslos ist. Eine wirtschaftlich sichernde Hand fehlt ihr im einen Fall so gut wie im andern. Kann aber die wirtschaftliche Verwahrlosung innerhalb des Bereichs so groß sein, wie außerhalb, so besteht auch für den Verkehr dasselbe Interesse und für das Gesetz derselbe Rechtsgrund, die Sache als verloren den Bestimmungen über die Fundobligation zu unterstellen. Mit andern Worten: die Interessen des Verkehrs gebieten hier, daß die Sache nicht etwa einer unwirksamen Hand reserviert, sondern unter tätiger Mitwirkung des Publikums dem Verkehr wiedergebracht werde.

2. Durch dieses Resultat kann sich auch der Machtinhaber nicht beschwert fühlen.

Denn positiv wirtschaftlich wertbare Interessen seinerseits werden durch die Wegnahme der Sache gar nicht betroffen. Die Sache ist ja noch gar nicht im Bereich seiner eigentlich wertbaren Interessensphäre gewesen. Ein Eingriff in seine Hand- und Obhutgewalt liegt auch nicht vor, da er eine solche Gewalt über die Sache noch gar nicht hatte. Was ihm durch den Zugriff Dritter hier genommen wird, das ist lediglich ein Fremdkörper, der in seinen Bereich gekommen ist und daraus wieder verschwindet, ohne in feste wertbare Beziehungen mit ihm getreten zu sein.

3. Unter solchen Umständen erscheint es ausgeschlossen, daß der Machtinhaber sich im gegebenen Fall auf sein Vorrecht berufen und die durch die Verkehrsinteressen so dringlich gebotene Wegnahme der Sache ernstlich streitig machen könnte.

a) Denn selbst wenn sein Vorrecht an sich grundsätzlich alle in den Bereich tretende Sachen umfassen sollte, so müßte es doch hier zurückweichen

hinter dem Zugriffsrecht des Finders, das durch die höheren Interessen des Verkehrs geboten ist und in § 965 seine besondere gesetzliche Anerkennung gefunden hat.

b) Richtiger wird aber die Lösung sein, die Endemann[1]) vertritt und die dahin geht, daß das Vorrecht des Bereichinhabers hier mit dem Finderrecht überhaupt nicht in Konkurrenz tritt, weil man den Geltungsbereich des Vorrechts schon grundsätzlich enger zu fassen hat. Man wird mit Endemann zu dem Resultat kommen müssen, daß es an jedem positiven Rechtsgrund fehlt, die Vorrechtsposition des Bereichinhabers weiter auszudehnen, als dessen tatsächlich wertbare Macht- und Einflußgewalt reicht. Denn das, was die Vorrechtsposition des Bereichinhabers an solch eindringenden Sachen begründen kann, das ist nicht etwa die bloße Rücksicht auf seinen umgebenden Bereich, nicht der Gedanke, daß durch den beliebigen Zugriff Dritter etwa der umgebende Bereich gestört werden könnte. Eine solche Rücksicht könnte wohl ein Schutzrecht bezüglich des umgebenden Bereichs, aber noch kein Vorrecht an der eingedrungenen Sache selbst begründen. Was die Vorrechtstellung an der Sache selbst begründet, das ist vielmehr der Gedanke, daß hinter der Rechtsposition des Bereichinhabers grundsätzlich auch eine entsprechende tatsächliche Machtposition steht, welche die eindringende Sache selbst mit erfaßt und mitumschließt. Ein solcher Gedanke ist dem Gesetze auch nicht neu. Es ist vielmehr derselbe Gedanke, der beim wesensverwandten Besitz dem Besitzer seine entsprechende Rechtsposition verschafft. Analog dürfen wir deshalb auch von der Vorrechtsposition des Bereichinhabers sagen, daß sie steht und fällt mit der Wirksamkeit und Wertbarkeit seiner tatsächlichen Machtgewalt. Ist keine tatsächliche Machtbeziehung gegeben, so ist auch keine Vorrechtsposition gegeben und fehlt

[1]) Vergl. Endemann: Sachen R. § 35, Z. 2, S. 188.

beides, so steht auch dem Zugriff Dritter und dem Finderrecht keinerlei Hindernis (weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Beziehung) entgegen d. h. m. a. W. der Machtbereich schließt, wo ihm jede tatsächlich wertbare Grundlage fehlt, die Findbarkeit und die Verlorenheit nicht aus.

§ 16.

Unterscheidungen innerhalb des Machtbereichs und § 978 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

I. Nach unseren bisherigen Ausführungen müssen wir also bei Sachen innerhalb eines Bereiches speciell unterscheiden, ob nach den Umständen des Falles mit einer wertbaren Obhut des Bereichinhabers gerechnet werden kann oder nicht. Je nachdem das Letztere oder das Erstere der Fall ist, ist die Sache bald im Bereich verloren und bald nicht.

Diese Ansicht haben wir schon bisher mit gewichtigen Gründen belegt. Wir wollen und können sie aber noch weiter bekräftigen durch die folgende Betrachtung des § 978 und der dazu gehörigen Motive.[1])

II. Der Gesetzgeber spricht in den Motiven zu § 978[2]) gerade vom Finden in Räumlichkeiten und unterscheidet dabei erkennbar und mit Bedacht, ob eine Sache in einem (exklusiven) Privatraum abhanden kommt, oder aber in einem Raum, wo der Grundsatz privater Reservierung aufgegeben ist und statt dessen mit dem Eindringen beliebig vieler und beliebig welcher Personen gerechnet wird.

---

[1]) Der § 978 lautet: Wer eine Sache in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt findet und an sich nimmt, hat die Sache unverzüglich an die Behörde oder die Verkehrsanstalt abzuliefern.

Die Vorschriften § 965—977 finden keine Anwendung.

[2]) Motive, Bd. 3, S. 387, Abs. 2.

1. Handelt es sich um einen exklusiven Privatraum, so ist der Fall für den Gesetzgeber glatt und einfach. Hier ist, wie er sagt, eine jede im Raum befindliche Sache grundsätzlich schon in einer „gewissen Detention" und „kann nicht im eigentlichen Sinn gefunden werden."

   Für ein Finderrecht ist hier also schon aus diesem natürlichen Grunde kein Raum.

2. Ganz anders lauten aber die Motive, sobald nicht exklusive Privaträume, sondern die Räume des § 978 (d. h. die allgemein dem Publikum zugänglichen Räume einer Behörde oder öffentlichen Verkehrsanstalt) in Frage kommen.

   Hier verweist der Gesetzgeber nicht mehr auf eine gewisse natürliche Detention der Sache; hier spricht er nicht mehr davon, daß die Sache gar nicht im eigentlichen Sinn gefunden werden könne. Im Gegenteil, er anerkennt sogar ausdrücklich durch den Wortlaut des Paragraphen, daß eine Sache dort inmitten des beliebigen Zustroms sehr wohl tatsächlich gefunden werden könne.

   Aber — sagt der Gesetzgeber — es handelt sich hier immerhin um Räume ganz besonderer Art, mit einer ganz besonders organisierten Aufsicht. Kraft dieser besonders organisierten Aufsicht wird über alle einkommenden Sachen ohne weiteres schon eine ziemlich wirksame Kontrolle ausgeübt, die eine entsprechende Respektierung durch das Publikum verdient. Darum soll das Finderrecht hier ausdrücklich ausgeschlossen werden und jeder Finder kraft Gesetzes gehalten sein, seine gefundene und aufgenommene Sache alsbald an die maßgebende Behörde abzuliefern.

3. Ein Blick auf diese letzten Ausführungen zeigt uns deutlich, daß der Gesetzgeber im Grunde zwischen dem Fall des § 978 und dem Finden in Privaträumen scharf und bestimmt unterscheidet,

   a) in reservierten Privaträumen hält er den Ausschluß des Finderrechts für natürlich und selbstverständlich.

Hier geht er davon aus, daß die natürliche Kraft der Obhut ganz von selbst jedes Finden und jedes Finderrecht zum Ausschluß bringe.

b) Anders im Fall des § 978. Hier, in diesen allseitig geöffneten Räumen erscheint dem Gesetzgeber die natürliche Kraft der Obhut keineswegs schon so exklusiv wirksam, daß sie von selbst aus eigener Kraft das Finderrecht dritter ausschließen könnte. Das geht deutlich daraus hervor, daß der Gesetzgeber es hier eigens für nötig findet, die Obhut der Behörde k ü n s t l i c h (durch eine besondere gesetzliche Verpflichtung des Publikums) zu verstärken, und daß er es außerdem für nötig findet, das Finderrecht ausdrücklich durch besonderes gesetzliches Gebot zum Ausschluß zu bringen. Erwägt man zu alldem, daß der Gesetzgeber dieses besondere Gebot nur aus ganz besonderen Gründen erlassen hat, aus Gründen, die nur für die besonders ausgezeichneten Räume des § 978 gelten, so sehen wir deutlich, daß auch er (der Gesetzgeber) den Ausschluß des Finderrechts hier nicht als natürlich und selbstverständlich, sondern umgekehrt, als eine A u s n a h m e b e s t i m m u n g betrachtet, die er aus besonderen Gründen für die besonderen Räume des § 978 getroffen hat und daß er s o n s t, in anderen offenen Räumen, wo keine öffentlichen Interessen hereinspielen und keine solch organisierte Aufsicht herrscht (wie z. B. in offenen Wirtsstuben) Finden und Finderrecht und damit auch ein Verlorensein sehr wohl für möglich, ja sogar für natürlich und gegeben hält.[1]) Ueber den Ausnahmecharakter des § 978 vrgl. auch Enneccerus-Lehmann Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. II § 27 S. 98.

[1]) Zu demselben Resultat ist auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte gekommen, die z. B. entschieden hat, daß eine Sache in offener Wirtsstube sehr wohl verloren sein kann, daß aber umgekehrt die Verlorenheit zu verneinen ist in dem Schlafzimmer, das ein Wirt an einen einzelnen Gast vermietet hat.

III. Wir finden demnach auch hier in der ganzen Argumentation des Gesetzgebers dieselben Gedankengänge wieder, die wir oben vertreten und entwickelt haben, nämlich:

1. daß man innerhalb des Machtbereichs zu unterscheiden hat und daß eine Sache dort das einemal verloren und findbar sein kann und das anderemal nicht und
2. daß die Findbarkeit oder Nichtfindbarkeit im wesentlichen davon abhängt, ob die herrschende Obhutgewalt (sei es natürlich oder durch künstliche Nachilfe) eine positiv wertbare Form annimmt oder nicht.

§ 17.

Formulierung des Begriffs.

I. Wir haben damit unsere Aufgabe im wesentlichen schon beendigt. Denn alles, was wir zur Lösung unserer Frage, zur Formulierung unseres Begriffes brauchen, ist im Grunde schon in den bisherigen Ausführungen enthalten. Hier haben sich, speziell im Kampf mit der Besitztheorie, Stück für Stück und ganz von selbst die einzelnen Merkmale unseres Begriffs herausgelöst.

II. Wir haben nur noch das Ergebnis kurz zusammenzufassen:

1. Der 1. Punkt, den wir hier festzustellen haben, ist der: daß sich die Verlorenheit einer Sache nicht nach dem etwaigen Stand der Besitzfrage richtet, sondern danach, ob die Sache noch unter wertbarer O b h u t steht oder nicht.
2. Zum zweiten wissen wir, daß bei der ganzen Fundregelung wesentlich wirtschaftliche Interessen im Spiele sind, und daß dementsprechend unter einer wertbaren Obhut in unserm Sinn nichts anderes zu verstehen ist, als eine speziell w i r t s c h a f t l i c h wertbare Obhut, d. h. eine Obhut, die so wirksam auf eine Sache übergreift, daß dieselbe wirtschaftlich noch als ein Aktivum in der Hand des Obhutinhabers gerechnet werden kann.

3. Endlich wissen wir, daß von einer wirtschaftlich wertbaren Obhut nur dann die Rede sein kann, wenn sie auch nach außen (objektiv erkennbar) in die Erscheinung tritt, da sie nur dann tatsächlich respektiert wird und da auch nur dann das praktische Funktionieren der Fundregelung gesichert ist.

III. Mit dieser doppelten Kennzeichnung der Obhut als einer wirtschaftlich wertbaren und objektiv erkennbaren ist uns ein Maßstab gegeben, der präzis genug ist, um damit die Frage der Verlorenheit allseitig in zweckdienlicher Weise zu lösen.

1. Man sage nicht, daß dieser Maßstab etwa zu unbestimmt oder zu dehnbar sei. Er gibt allerdings dem richterlichen Ermessen einen gewissen Spielraum. Das ist aber hier viel mehr ein Vorzug als ein Nachteil. Denn eine gewisse Elastizität ist hier direkt notwendig, um der ganzen Mannigfaltigkeit des Lebens gerecht zu werden.
2. Der von uns gegebene Maßstab hat aber noch einen weiteren, unschätzbar großen Vorteil, und der liegt darin, daß er für das Publikum (und an das wendet sich die Fundregelung des Gesetzes) der allerverständlichste ist. Der Laie versteht nicht die juristischen Finessen von Besitz oder Nichtbesitz; aber das versteht er, ob er mit seinem Zugriff in wirtschaftlich wertbare Interessen eingreift oder nicht. Dafür hat er unbewußt in seinem eigenen Innern einen ziemlich sicheren und untrüglichen Maßstab. Das haben wir durchweg durch alle unsere bisherigen Ausführungen hindurch beobachten können.

   Und dieses Empfinden ist auch ein durchaus berechtigtes. Denn wer eine wirtschaftlich gefährdete Sache wieder in ihre volle Wertbarkeit zurückführt, der leistet hiedurch dem Gefährdeten einen positiven wirtschaftlichen Dienst, der seinen Lohn verdient.

   Die von uns gegebene Formulierung ist also nicht bloß praktisch handlich und verständlich, sondern auch billig

und gerecht. Und was das allerwichtigste ist, sie hat das ganze praktische Leben hinter sich; das ist doch die allerbeste Empfehlung, die wir unserer Formulierung mitgeben können. Wir können sonach unseren Begriff kurz dahin formulieren:

> eine verlorene Sache i. S. des § 965 des Bürgerlichen Gesetzbuches ist eine fremde bewegliche Sache, die ihrem bisherigen Inhaber derart abhanden gekommen ist, daß nach dem äußeren Zustand der Sache mit einer wirtschaftlich wertbaren menschlichen Obhut nicht mehr gerechnet werden kann.

§ 18.

Das subjektive Moment der Unfreiwilligkeit.

I. Wir könnten damit unsere Erörterungen schon zum Abschluß bringen. Es geht ja schon aus all unsern bisherigen Ausführungen zur Genüge hervor, welche Stellung wir nach der subjektiven Seite der Frage hin einnehmen. D. h. wir haben deutlich genug ausgeführt, daß nach unserer Auffassung das Hereinmengen subjektiver Momente gefährlich und bedenklich ist und daß für die Verlorenheit einer Sache lediglich der objektive, äußerlich erkennbare Zustand maßgeblich sein soll und darf.

II. Wir sehen uns aber doch noch veranlaßt, auf ein einziges subjektives Moment, auf das Moment der Unfreiwilligkeit kurz zurückzukommen. Wir tun dies einmal, weil dieses Erfordernis der Unfreiwilligkeit noch von einer Reihe guter Namen als wesentliches Begriffsmoment des Verlorenseins verteidigt wird und dann, weil unverkennbar auch das Leben beim Verlieren gewöhnlich zuerst an einen Akt unfreiwilligen Abhandenkommens denkt. (Vrgl. frühere Ausführung über den Begriff im engeren Sinn).

III. Gegen diese Auffassung können wir aber einen guten Teil von dem vorbringen, was wir a. a. Stelle gegen die Besitztheorie vorgetragen haben:

1. So insbesondere alles, was wir oben gegen die Schädlichkeit des Hereindringens subjektiver Momente vorgetragen haben, gilt gleichermaßen auch hier. Auch hier wäre, wenn das Abhandenkommen notwendig ein unfreiwilliges sein müßte, der Finder nie sicher, ob er eine verlorene Sache vor sich hat oder nicht. Hand in Hand mit dieser äußeren Unerkennbarkeit des Verlorenseins würden sich dann wieder all die schwierigen Beweisfragen erheben, die wir oben a. a. O. genauer erörtert haben und wäre der Finder Chikanen seitens der Behörde und seitens des Verlierers ausgesetzt. Damit würden ihm wieder all die vom Gesetzgeber geplanten Wohltaten und Erleichterungen verkümmert, der Finder würde von der Uebernahme seiner Finderpflichten abgeschreckt und damit wären die gesamten Tendenzen des Gesetzgebers vereitelt.

2. Die Ausschaltung des Moments der Unfreiwilligkeit ist daher schon im Hinblick auf die sonst eintretenden unheilvollen Konsequenzen dringend geboten. Mit dieser Ausschaltung wird aber auch dem Wortsinn von Verlieren keine Gewalt angetan. Denn wir wissen schon von unseren früheren Ausführungen her, daß das Wort „verlieren" in einem doppelten Wortsinn gebraucht wird, in einem engeren und in einem weiteren, und daß zu dem weiteren Wortsinn das Moment der Unfreiwilligkeit durchaus nicht gehört.

   Endlich wissen wir, daß der Gesetzgeber in seinen Motiven sogar ausdrücklich darauf hingewiesen hat, daß das Wort verlieren hier nicht in dem engeren, sondern in dem weiteren Sinn zu nehmen sei.

3. Die Vertreter der gegenteiligen Meinung haben zur Rechtfertigung ihrer Ansicht gemeint, daß eine wirtschaftliche Verwahrlosung im Grunde immer unfreiwillig ein-

trete. Wir können dies aber nicht zugeben. Es sind sehr gut Fälle denkbar, da ich eine Sache mit Absicht zeitweilig der wirtschaftlichen Verwahrlosung preisgebe, um vielleicht ein anderes, mir wichtigeres Resultat damit zu erreichen.

Z. B. Ich werfe eine Sache absichtlich weg, um zu sehen, ob eine bestimmte dritte Person, die bei mir eine Vertrauungsstellung einnehmen soll, redlich und zuverläßig ist und den Fund gehörig zur Anzeige bringt. Oder, — um ein ganz modernes Beispiel zu gebrauchen, — eine metereologische Station läßt Drachen oder Ballone aufsteigen, um damit wissenschaftliche Resultate zu erreichen. Liegt hier nicht ein absichtliches Preisgeben vor, in der Hoffnung durch die Hilfe dritter Finder wieder in die Innehabung der Sache zu gelangen? Hier ist aber doch nicht abzusehen, warum der freiwillige Preisgeber der Sache anders behandelt werden soll, als der unfreiwillige; warum er z. B. von der Verpflichtung zur Zahlung eines Finderlohns entbunden werden soll. Der wirtschaftliche Dienst, der durch das Wiederbringen der Sache geleistet wird, ist bei ihm hier genau derselbe, wie beim unfreiwilligen Verlust und verdient daher auch den gleichen Lohn. So rechnet auch fast durchgehends das Leben. Dasselbe teilt also hier in dieser Beziehung zum mindesten die Konsequenzen unserer Auffassung und das ist doch die Hauptsache, auf die es allein ankommt. Wir kommen also auch hier wieder zu dem alten Resultat, daß jedes Hereinmengen subjektiver Momente abzulehnen ist und daß es bei unserer früheren Formulierung sein Bewenden hat.